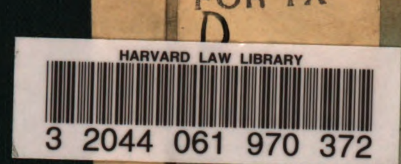


BRUNSCHWIG-VERSUS-MARQUARD

MERCANTILIDAD
DEL
CONTRATO DE SEGUROS

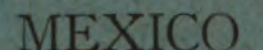
MERCANTILIDAD DEL MANDATO,
DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE MANDATO Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

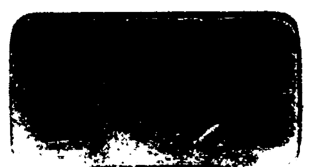
INFORME EN ESTRADOS
DEL
LIC. J. PALLARES
Y SENTENCIA
DE LA
3.ª SALA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO





MEXICO
TALLERES DE RAMON DE S. N. ARALUCE
Cerrada de Santa Inés, núm. 5
1903





BRUNSCHWIG-VERSUS-MARQUARD

MERCANTILIDAD

DEL

CONTRATO DE SEGUROS,

MERCANTILIDAD DEL MANDATO,

DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE MANDATO Y CONTRATO DE PRESTACION

DE SERVICIOS

INFORME EN ESTRADOS

DEL

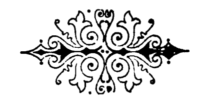
LIC. J. PALLARES

Y SENTENCIA

DE LA

3.ª SALA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

DEL DISTRITO

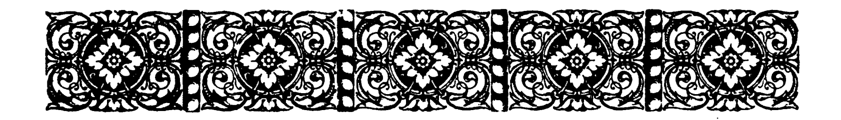


MEXICO

TALLERES DE RAMON DE S. N. ARALUCE

Cerrada de Santa Inés, núm. 5

1903



I

La simple lectura del fallo del C. Juez 3.º Suplente de lo Civil, Lic. Manuel Cruzado, de 29 de Diciembre del año próximo anterior; esa simple lectura, sin necesidad de estudiar las constancias del juicio en que tal fallo se dictó, bastaría para revocarlo, porque son tantas y tan crasas y groseras las aberraciones jurídicas y violaciones de ley expresa que entraña y formula y ***explende*** (permítaseme este desliz poético) su sola redacción, que un voto de reprobación brota irresistible de los labios y el escándalo se apodera de toda conciencia honrada.

Un fallo que declara que el Sacerdote, que el militar, que el fraile que *aseguran* su vida, ó su iglesia, ó su ropaje sacerdotal, ó las alhajas de una imagen, ó el uniforme de ley galoneado, ejecutan, al tomar esa precaución contra la desgracia, un negocio de *lucro*, un acto mercantil;

Un fallo que se atreve á decidir que el auto de *trámite* que da traslado en *vía de juicio mercantil* de una demanda, tiene la fuerza de una sentencia definitiva, de manera que ese auto decidió, como si fuera una ejecutoria, la naturaleza *mercantil ó civil* de los contratos objeto del juicio;

Un fallo que teniendo ó debiendo tener á la vista el texto

explícito del artículo 973 del Código de Comercio (aun prescindiendo de doctrinas de autores) que dice: «*que el mandato aplicado á actos de comercio es la comisión mercantil*»;

Un fallo, repito, que teniendo á la vista ese precepto afirma y resuelve audazmente que la ley no exige que el *acto* para el que se confiere el mandato-comisión sea mercantil, cuando literalmente la ley dice que el mandato aplicado, esto es, que tenga por objeto *actos de comercio*, es lo que constituye la *comisión mercantil*;

Un fallo que dice y declara (considerando 3.º) que porque un comitente y un comisionista son comerciantes y son mercantiles los contratos *entre ellos celebrados*, por eso es comerciante el *tercero* con quien contrata el comisionista, y que ejecuta actos mercantiles ese tercero, que bien puede ser una *monja capuchina*;

Un fallo que declara que al demandado que niega la demanda corresponde la carga de la prueba, pues habiéndose negado que haya contrato de comisión mercantil, cuya esencia jurídica es el lucro, el fallo decide que al que negó la existencia del lucro, negando la comisión mercantil, corresponde probar la *negativa* de que no hubo lucro;

Un fallo que no alcanza á comprender la diferencia que hay entre argumentos y *excepciones*, y decide que los argumentos ó explicaciones que se dan en los alegatos no deben tenerse en cuenta porque no fueron alegados como *excepciones* al contestar la demanda;

Un fallo que llega al paroxismo del desatino y de la ignorancia asentando que no se sabe si para *renovar* una póliza en una Compañía de Seguros debe *pagarse la renovación*, y duda de si el recibo de esa renovación y el recibo de la prima del seguro son la misma cosa;

Un fallo que tales inepcias dice con un *tupé* admirable, que sería un sainete jurídico si no fuera una iniquidad; un fallo de esta especie no necesita refutarse, está refutado por sí mismo, es un padrón de ignominias y errores que atrae irresistiblemente los anatemas de la conciencia, sin necesidad de análisis de la critica.

Pero puesto que ha existido un criterio judicial en el que caben tantos desatinos, preciso, aunque penoso, será hacer palpar que esos desatinos son desatinos. Comencemos, pues, la triste tarea, analizando desatino por desatino.

II

Pero antes demos una ligera idea de los hechos sencillísimos que han sido objeto de la extraña sentencia del Sr. Juez suplente Manuel Cruzado.

D. Hugo Marquard, apoderado de la Compañía de Seguros *El Fœnix* y ☞ *no comerciante* ☜ pues no tenía ningún negocio mercantil, ni ejercía otra profesión que la de ***apoderado*** de diversas compañías de Seguros; D. Hugo Marquard escribió en Enero, Febrero y Marzo de 1901 á los ***Comisionistas*** de Ciudad Juárez, Ketelsen y Degetau, recordándoles que estaban por vencerse varias pólizas de Seguros del cliente de dichos señores Félix Brunschwig, pólizas expedidas por las Compañías de Seguros representadas por Marquard, y suplicándoles inquiriesen de dicho Sr. Brunschwig si estaba dispuesto á renovar esas pólizas.

En lugar de aceptar esa renovación, contestaron los Señores Ketelsen y Degetau, que su cliente Brunschwig no estaba dispuesto á renovar los pólizas por haber enajenado la negociación en ellas asegurada; pero que en ☞ *otra* ☜ Compañía de Seguros, con la que Marquard nada tenía que ver, pues no era su apoderado, ni siquiera tenía relaciones con ella de ninguna clase, en esa otra Compañía llamada ***Norwich Union Fire Co.*** extraña del todo á los negocios de Marquard, en esa otra Compañía tenía Brunschwig una póliza de Seguros de incendios que vencía el 27 de Abril de 1901 por $ 15,000 y le suplicaban los

dichos (Ketelsen y Degetau, comisionistas de Brunschwig) á Marquard les hiciese el favor de renovar esa póliza.

Marquard contestó en 4 de Febrero y 12 de Marzo de 1901 «que la póliza de $15,000 que cubría la *Norwich Unión* no *ha* «*pasado por mis manos*, y si el Sr. Brunschwig quiere que la «renueve yo *por conducto de Udes.*, lo haré con gusto, tomando «nota de su vencimiento. . . . . . y les ofrezco (dice la carta de «12 de Marzo) que en *su oportunidad* me ocuparé de este asun«to, remitiéndoles el correspondiente recibo de renovación.»

Pasó todo el mes de Marzo y casi todo el de Abril, y los Sres. Ketelsen y Degetau, que habían recibido de Brunschwig en dicho mes de Abril el importe de la prima de *renovación* de la póliza de $15.000, no solamente no mandaron á Marquard esa cantidad, como era su deber, pues era la provisión de fondos, y á la que por lo mismo debieron dar su destino natural y legal mandándola á Marquard, sino que ni siquiera se tomaron el trabajo ó molestia de escribir á este señor, avisándole tener en su poder dichos fondos, ó á lo menos recordándole la necesidad de la renovación, pues transcurridos un mes y días desde la carta de 12 de Marzo de Marquard, hasta el día en que recibieron los Comisionistas de Brunschwig los fondos para la renovación, sin que Marquard les hubiese vuelto á escribir sobre el asunto, era lo más natural y obligatorio pedir informes á Marquard y recordarle la próxima fecha del vencimiento, ya que no le remitían los fondos recibidos de Brunschwig, sino que se quedaron con ellos.

Marquard, no recibiendo esos fondos, no se creyó obligado á cumplir el encargo que gratuitamente ofreció, ó se olvidó cumplirlo. precisamente porque no recibió los fondos; en este estado las cosas, se quemó la finca que aseguraba dicha póliza no renovada; y entonces Brunschwig, con quien nunca había contratado Marquard y á quien ni conocía, y con quien nunca se había comunicado ni de palabra ni por escrito, se presenta ante el Juzgado segundo de lo Civil en escrito de 4 de Marzo de 1902, demandando á Marquard daños y perjuicios provenientes de violación del contrato de ☞ *comisión mercantil* ☜ cele-

brado entre Brunschwig y Marquard para la renovación de la póliza expresada, y con fundamento del art. 278 del *Código de Comercio* que hace responsable al *comisionista*, que no cumple la *comisión* aceptada.

Previo un artículo de obscuro é inepto libelo, por no haberse fijado en la demanda el importe de lo que se reclamaba, se contestó ésta en los términos siguientes:

Como la acción deducida fué única y exclusivamente la de *comisión mercantil* fundada en el art. 278 del Código de Comercio, se *negó lo demanda en cuanto al hecho y al derecho* (fíjese en esto la atención; en *cuanto al hecho* y *al derecho)* y se opusieron subsidiariamente y sin *limitar en nada* lo *absoluto de esa negativa*, las excepciones de *sine actione agis*, *inexistencia* del contrato que se supone celebrado entre Marquard y Brunschwig, falta de provisión de fondos y *plus petición.*

Abierto á prueba el juicio, las únicas rendidas por la parte contraria, fueron las siguientes: I, las tres cartas mencionadas cuyo contenido se ha explicado; II, la confesión judicial de Marquard reconociendo el contenido de dichas cartas y manifestando que aceptó el encargo de renovar la póliza en cuestión, siempre que se le remitiesen fondos y manifestando que no es, ni era comerciante; III, compulsa del libro copiador de Marquard de varias cartas dirigidas á los funcionarios de la *Norwich Union* de Londres diciéndoles que por un olvido no renovó la póliza de que se trata y que la buena fe aconseja la tengan por renovado; IV, compulsa de los libros de dicha Compañía *Norwich Union* en México, y en los cuales consta que se tomó razón de la póliza por $ 6,000 (no por 15,000) á favor de Brunschwig por una casa situada en Ciudad Juárez, especificándose los pormenores de la asegurada, teniendo la fecha de 27 de Abril de 1894, y habiendo sido renovada hasta 31 de Marzo de 1900; V, recibo que dieron los Sres. Ketelsen y Degetau á Brunschwig por treinta y tantos pesos, que les entregó para la renovación de la póliza de que se trata, teniendo dicho recibo fecha de 22 de Abril de 1900; VI, testimonio de la escritura por la que en 14 de Febrero de 1900, Valdez vendió á Brunschwig la casa objeto del se-

guro; VII, información testimonial respecto del incendio acaecido en dicha finca la noche del 29 de Abril de 1901; y VIII declaración pericial que estimó el valor de la casa incendiada en $6,990 80 cs.

Expuestos con toda exactitud y sinceridad los hechos; veamos la sentencia notabilísima del C. Juez 2.° suplente de lo Civil M. Cruzado. (1)

III

«Son mercantiles (dice el fallo que analizó en sus considerandos 2.° y 3.°) según la fracción 16 del art. 75 del Código de «Comercio, los contratos de seguros hechos por Empresas, como «en el caso se trata de un contrato de seguros con la Empresa «*Norwich Union Fire Co.*, es evidente que el acto está comprendi«do dentro de la limitación (sic?) establecida por el último de los «preceptos citados, y por lo mismo debe reputársele como mer«cantil para todos los efectos legales.»

Podría, sin más explicaciones oponerse á tan frívola y superficial argumentación una contestación igualmente frívola y superficial, diciendo perentoriamente: que es falso, falsísimo que *en el caso se trate de un contrato de seguros con la Empresa Norwich Union Fire Co.*; y como el fundamento único de ese raciocinio tan empírico como desatinado, que se acaba de copiar, es el de que se trata en *el caso de un contrato de seguros con la Empresa Norwich*, etc., siendo falso ese hecho, es falso y erróneo ese argumento. ¿De dónde ha podido deducir el fallo del Sr. Juez 3.° suplente de lo Civil, que se trata en el *caso de un con-*

(1) Con posterioridad á la fecha del fallo dado por este señor Juez, me han dicho que es pariente del Sr. Lic. Emilio Pardo, abogado y apoderado de la parte á cuyo favor falló.

trato de seguros con la Compañía Norwich, etc? En el caso, si por caso se entiende en el juicio decidido por el fallo en cuestión, en ese caso ó en ese juicio no se trata, ni se ha tratado para nada de ningún *contrato* de seguros con dicha Empresa, ni ella litiga en este caso ó juicio, ni nadie litiga con ella, ni se discuten las obligaciones ó derechos derivados de ningún contrato de seguros, ni se ha ejercitado por nadie la *acción* de contrato de seguros. Se necesitan toda la frivolidad y ligereza de una sentencia dictada, así como para salir del paso, para haber asentado esa inexactitud, esa falsedad, esa mentira desmentida por todas y cada una de las páginas de las actuaciones, en las cuales para nada figura ninguna Empresa de seguros, ni nadie litiga con Empresa de Seguros, ni existe ningún contrato de seguros cuyos derechos sean objeto del juicio.

¿A qué conduce, pues, el invocar el art. 75, frac. 16 del Código de comercio? Pues conduce á otra cosa muy distinta de la que el considerando que analizo quiso decir en su confuso lenguaje y en su empirismo desolante. El argumento que se transparenta en esas frases inexactas y en otras del mismo fallo, es el siguiente: «el mandato que se aplica á actos de comercio es mercantil y se llama *comisión*; es así que en el *caso* se trata de un mandato que se dió para celebrar *contrato de seguros* con *Empresa y los contratos de seguros con Empresas* son mercantiles, *luego* el mandato conferido á Marquard es *comisión mercantil.*»

Estos raciocinios no son perdonables, ni en los labios ó en la pluma de un cursante de primer año de derecho, menos pueden serlo en un juez que lleva como seis lustros de ejercer la judicatura. Pero probablemente nada se aprende en el ejercicio de esa judicatura, pues el mismo Juez que ha hecho en un fallo serio, grave y trascendental ese raciocinio de tinterillo para sostener la mercantilidad de un acto, ese mismo Juez declaró que estaba obligado á absorber posiciones en la ciudad de México un individuo que en uso de la libertad de locomoción que todo hombre tiende, según nuestro derecho público, estaba domiciliado á cien leguas de esta capital.

Nada tiene, pues, de extraño que ese funcionario haya estampado ese argumento, que el sentido jurídico medianamente cultivado condena como desatino, y que lo haya reforzado con la siguiente fraseología: «el cargo conferido por Brunschwig á «Marquard para la renovación de la póliza es un ***mandato***, el «cual quedó perfecto por la aceptación expresa de Marquard «(arts. 2,342 y 2,343 Cód. Civ.); y como ese mandato tuvo por «objeto un *acto concreto* de comercio, cual es *la operación de se«guros* antes referida, es indudable que el contrato celebrado «entre Brunschwig y Marquard relativamente á dicha operación «de seguros es un contrato de comisión mercantil conforme al «art. 273 del Código de Comercio. . . . . Y ese artículo no exi«ge que el acto para el cual se confiere el mandato haya de te«ner la calidad de mercantil para ambas partes, sino simplemen«te exige que se confiera el mandato ***en*** acto de comercio ***(para***, «querrá decir), y muy bien puede éste, como acontece en mu«chos casos, producir efectos mercantiles para solo una de las «partes, sin dejar por eso de ser acto de comercio; lo que quiere «decir que en estos casos no quedará desvirtuado el acto de co«misión, ni el comisionista dejará de obligarse mercantilmente «para el comitente. Es por otra parte indiscutible que un segu«ro solicitado de una empresa aseguradora por un comerciante «para asegurar una casa de comercio de su propiedad es acto «mercantil, tanto para el asegurado como para el asegurador, «pues independientemente de la naturaleza mercantil del segu«ro, la operación de que en el caso se trata debía producir en«tre comerciantes obligaciones que no son de naturaleza esen«cialmente civil, y que, por lo tanto, deben reputarse mercanti«les conforme á la frac. XXI del art. 75 del Código de Comer«cio.»

No es posible asentar tantos desatinos jurídicos en tan pocas frases; desatinos que quizá no sintió el autor de ese fallo por su poca familiaridad con los principios del derecho mercantil y con el hábito de raciocinar en derecho científicamente; pero que estoy seguro son desatinos que, á la simple lectura de esa tirada de silogismos, habrá comprendido cualquier Abogado me-

dianamente educado en la ciencia. Mas conviene dar relieve *plástico* á esos desatinos.

IV

En primer lugar, el contrato celebrado entre los comisionistas de Brunschwig ó (concediendo hipotéticamente) entre Brunschwig y Marquard, no ha sido contrato de *mandato*, sino de prestación de servicios, porque el *mandato* es un contrato en cuya virtud un individuo en *representación jurídica* hace ó ejecuta *no* un acto *simplemente material:* «Il a mandat quand le debiteur fait un *actē juridique* pour le creancier qu'il *represente* á l'égard de tiers avec lequels il traite .... Il n'est pas de meme dans le louage, d'ouvrage; le debiteur qui loue ses services ou qui s'oblige á faire un ouvrage travaille, il est vrai pour le maitre, mais il *ne le repiesente pas.*» Laurent, tomo 27, núm. 333.)

Ahora bien, el encargo que los comisionistas de Brunschwig hicieron á Marquard, y que éste aceptó, es por su *naturaleza* misma un encargo que no importa representación para *ejecutar un acto jurídico*, un contrato en nombre de Brunschwig: Yo puedo mandar á mi escribiente, á mi mozo, á mi hijo menor de edad á que refrende una póliza de seguros, porque para refrendarla no exigen las empresas aseguradoras sino simplemente que se les entreguen la cantidad que importa el refrendo, y se les diga cuál es la póliza que se quiere refrendar; y para esa operación de escritorio no se necesita poder jurídico, basta un simple mandadero ó sirviente ó un amigo ó amiga que quiera tomarse esa molestia. El mandato, según la ley (art. 2,357), no puede ser ejercido por menores de 18 años y por mujeres casadas; y sería el colmo del ridículo sostener que yo no pueda encargar á mi amanuense, que tiene 17 años, ó á mi hermana casada, que pasen á la Oficina de Seguros X., á entregar cien pesos para refrendar

una póliza; y sería también ridículo que la oficina exigiese al que lleva el dinero del refrendo poder jurídico en forma por tratarse de negocio de más de mil pesos, pues así lo exige el artículo 2,352, frac. II del citado Código.

Es, por lo mismo, un verdadero desatino llamar mandato jurídico á un acto de puro *servicio amistoso* en el cual el que presta ese servicio amistoso, ni tiene poder jurídico de aquel á cuyo favor presta el servicio, ni se presentó á *contratar* ó ejecutar *actos jurídicos* en nombre del mismo, sino que simplemente ejecuta el *acto material de llevar tantos pesos y avisar que los manda el dueño de la póliza para su refrendo.* Y esos son actos *materiales*, pero no *jurídicos*, porque las empresas de seguros tienen establecido que no se necesita un *nuevo contrato* para refrendar una póliza, sino que basta la *entrega material* de *la prima y el aviso respectivo;* y repito, esos dos actos, entrega *material y aviso*, no son actos jurídicos, puesto que puede ejecutarlos un mozo, un niño, una mujer menor de edad.

Queda, pues, demostrado que Marquard aceptó *prestar gratuitamente* un servicio; pero no ha celebrado ningún *contrato* de *mandato* con el Sr. Brunschwig ó con sus comisionistas; no ha aceptado *representar jurídicamente* á Brunschwig, celebrar contrato alguno en representación de Brunschwig, ni siquiera aparece que se le haya conferido poder por escrito tratándose de negocio de más de mil pesos. Y establecido, como una verdad indiscutible, que lo que ha habido es prestación de servicios y servicios gratuitos, veremos cómo resultan no sólo desatinados, sino absurdos los fundamentos del fallo á propósito de la gratuitidad del mandato; por ahora concluyamos diciendo: «El actor no ha probado su acción, porque la acción que dedujo fué la de *mandato mercantil* ó sea de *comisión*; y sólo aparece probado un contrato de *servicios gratuitos*, que es por su *esencia* un contrato *civil.*»

V

Pasando sobre el absurdo de llamar mandato mercantil ó *comisión* á un simple servicio de amistad, veamos si aun aceptando que ese servicio amistoso sin *representación jurídica* ninguna sea un mandato, y mandato gratuito, podemos llegar al extremo del absurdo llamándole mandato mercantil.

En este punto, el fallo discurre absolutamente como puede discurrir un tinterillo que cree que basta saber leer gramaticalmente las leyes para poderlas entender, olvidando, si es que alguna vez lo ha sabido, el principio ó axioma que sirve para distinguir la inteligencia racional de las leyes de la inteligencia que les da el rábula: *scire leges non est earum verba tenere, sed ejus vim ac potestatem inteligere.* Estudiar las leyes no es deletrear sus palabras y aplicarlas automática y maquinalmente, sino penetrar su sentido.

¿Y hay un espíritu medianamente versado en derecho y medianamente familiarizado en el arte de discernir y de aplicar racionalmente las leyes que crea, que puede creer que ellas, que acepte el desatino de que ellas hayan podido declarar mercantil el acto por el que una monja, un fraile capuchino, un soldado que sale á la campaña, aseguran su vida á favor de su madre, hermana ó hija? Si la esencia de todo acto mercantil es el lucro, ¿cómo ha podido suponer ese juez que un acto que excluye toda idea de lucro, de tráfico, de interés comercial, pueda ser mercantil para el asegurado y que las leyes sancionen ese desatino, desnaturalicen la esencia de los actos, les atribuyan violentando, adulterando su esencia, caracteres que repugnan completamente á la esencia de esos actos? ¿Pues qué, las leyes son insensatas, no tienen por base relaciones naturales de justicia, antecedentes jurídicos racionales, y puede un juez atribuirles un

sentido insensato, grosero, inicuo, por no tomarse el trabajo de consultar sus antecedentes, su espíritu, su concordancia con otros preceptos? ¿Pues qué, el oficio del perito en derecho, y del perito funcionario público sobre todo, es deletrear groseramente las palabras de la ley, aplicarlas grosera y absurdamente? Porque el raciocinio casi ridículo del fallo, el raciocinio que acabo de copiar conduce á todas las barbaridades que indico. El mandato aplicado á actos de comercio es comisión; es así que los contratos de seguros *hechos por empresas son mercantiles*; luego nada más tenemos que discurrir (dice en su bárbaro empirismo y en su estrechez de discurso el fallo) y *todo* contrato de seguros es mercantil, porque la ley no distingue si lo es para sólo la Empresa ó también para el asegurado; y por lo mismo (y siguiendo la lógica inflexible de ese bárbaro silogismo) debe reputarse y decidirse que la monja, el obispo, el soldado, el fraile, que toman un seguro de incendios para su cuadro de la Virgen, para su oratorio, para su museo de condecoraciones, ejecutan *¡¡actos de comercio!!* porque la ley dice que son actos de comercio los ejecutados por *Empresas . . . . !!*

¡Pero, señor Juez! ya que no puede vd., ó no sabe, ó no tiene tiempo de consultar la razón de la ley, sus antecedentes históricos, su filosofía, para comprender su sentido racional, ¿por qué siquiera no consulta todos los textos de la ley para no leerlos truncos, y truncos aplicarlos, haciéndoles decir absurdos? ¿Por qué no consultó vd. el art. 1,050 del Código de Comercio? Ese precepto le hubiera enseñado que los actos mercantiles, todos los declarados mercantiles por los arts. 4, 75 y 76, y á pesar de estar declarados mercantiles por esos preceptos sin distinción de contratantes, no son mercantiles para ambos contratantes, sino que de las dos partes que los celebran para uno de ellos puede ser acto puramente civil. ¿Y por qué á pesar de estar definidos por el mismo Código como mercantiles los contratos de que se trata, no son mercantiles para ambos contratantes, como expresamente lo preceptúa y distingue dicho art. 1,050? Pues sencilla y racionalmente porque la base, causa y motivo jurídico del carácter mercantil de un acto es la *intención* de *lucro*, *de*

mercadería; es así que en un contrato puede uno de los contratantes proponerse un lucro de mercader y el otro no; luego para ese individuo ó contratante que no se propone dicho lucro no es posible, es racionalmente imposible que el acto sea mercantil, es preciso desnaturalizar el acto, atribuirle una cualidad que repugna á *su esencia* para considerarlo mercantil; luego sería preciso cambiar el fundamento racional de la ley, atribuirle propósitos insensatos para entenderla en el sentido de que declara mercantiles actos del todo extraños al comercio; luego el espíritu y letra del art. 1,050 dan la clave racional y jurídica para entender racional y jurídicamente todos los preceptos del Código en que se define cuáles son actos de comercio.

Sin salirse de esta esfera mezquina y estrecha, sin salirse del texto literal debió, pues, el fallo del Juez inferior rechazar por simple instinto jurídico el considerar como mercantil el contrato de seguro para el asegurado que jamás puede buscar lucro de mercader en ese contrato; debió explicarse el sentido racional del art. 392 por el precepto categórico del 1050 que con toda claridad le dice que aunque en multitud de preceptos se definen *indistintamente* como mercantiles muchos contratos, no por eso debe entenderse que lo son para los dos contratantes; no deben aplicarse esos preceptos en el sentido de que por el hecho de definirse como mercantil un acto, lo es para los dos contratantes, sino solo para el que ejecuta acto de *lucro de mercadería*. Pero ya que no supo ocurrir al artículo para buscar el sentido racional y congruente con todo el sistema del Código del art. 392; ya que tampoco supo deducir del solo texto literal de este precepto que sólo para la Empresa de Seguros y no para los asegurados es mercantil el contrato de seguros, puesto que al decir ese precepto que la *circunstancia*, la *condición precisa* para que sean mercantiles los contratos de seguros, es únicamente el que sean hechos por *Empresas*, claramente revela que la mercantilidad le viene al contrato de que es una *especulación* para la empresa, mientras que no lo es para el asegurado, y por lo mismo no puede ser mercantil para ese asegurado; ya que nada de esto pudo descubrir el torpe criterio del autor del fallo que analizo, pudo á lo

menos, consultar los antecedentes de nuestro Código, las sentencias de nuestro foro y aprender en la doctrina de autores, razonamientos que á su espíritu se escaparon.

Pudo leer la bien conocida sentencia del Juzgado 4.° de lo Civil, que impresa en folletos y periódicos de derecho fué profusamente divulgada y unánimemente aceptada. Pudo ver esa sentencia de 12 de Julio de 1901, cuyos considerandos son una lección que debió tener presente y los cuales dicen textualmente:

«Considerando 6.°: Que según el art. 1.° del Código de « Comercio, sus disposiciones sólo son aplicables á los actos « comerciales, y conforme al art. 4.°, dichos preceptos únicamente pueden obligar á los que no son comerciantes cuando éstos ejecuten algún acto de comercio, y sólo por lo que á « ese acto corresponda y en esa virtud la resolución de la cuestión propuesta, ó sea la aplicabilidad, en el caso, de la ley mercantil, contra la parte actora, depende esencialmente del carácter del contrato de seguros, es decir, que dicho contrato « constituya *respecto de ella* una operación de comercio.»

« Considerando 7.°: Que los contratos de seguros, de cualquiera especie, serán mercantiles siempre que sean hechos por « empresas, art. 392 del Código de Comercio, y en consecuencia no tendrán ese carácter cuando no tengan por objeto el « lucro, que es el elemento distintivo de los actos comerciales.»

« Considerando 8.°: Que no es aceptable la aseveración del « representante de la Compañía demandada, contenida en su alegato, de que, aunque el contrato de seguros no sea un acto « esencialmente mercantil por no llevar en sí de una manera necesaria la idea del lucro, debe tenerse, sin embargo, como tal, « porque la ley lo ha comercializado; pues el Código de Comercio vigente no contiene, entre sus preceptos, disposición alguna que establezca, como lo hizo el art. 15 del Código de Comercio de 15 de Abril de 1884, que el contrato de seguros será « mercantil aunque se ejecute por personas que no tengan la calidad de comerciantes, y por consiguiente, faltando en nuestro « Código actual disposición semejante, los tribunales no pueden

« suplirlo, máxime cuando esto pugna con la expresa prevención « del art. 392 ya citado.»

« Considerando 9.°: Que no existe en nuestro Código de Co« mercio disposición igual á la contenida en el art. 54 del Código « de Comercio Italiano, conforme al que: «si un acto es comer« cial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan « por razón de él sujetos á la ley comercial», ni otra como la del « artículo 915 que como consecuencia del primero dispone que: « las acciones que se derivan de los actos que son comerciales, « aunque sea para una sola de las partes, se prescriben para « todos los contrayentes»; en consecuencia, no pueden ni de« ben adoptarse esos preceptos aquí, porque equivaldría á legis« lar sobre la materia y se vulnerarían los arts. 1.° y 4.° de « nuestro Código.»

« Considerando 10.°: Que tampoco es aceptable lo que alega « la parte demandada, de que se rompería la unidad del acto si « las relaciones que nacen de un contrato pudiesen regirse por el « Derecho Mercantil respecto de una de las partes, y por el De« recho Civil respecto de la otra, porque los actos mixtos, se im« ponen no solo por la naturaleza misma de las cosas, sino por « el texto expreso del art. 1,050 del Código de Comercio, según « el cual puede celebrarse conforme á sus arts. 4.°, 75 y 76, un « convenio que constituya un acto de comercio para uno de los « contrayentes, y que á la vez sea un acto meramente civil para « el otro, la cual sería imposible si se excluyese la calificación « de actos mixtos, como se pretende.»

« Considerando 11.°: Que el contrato de seguros de que se « trata, es sin duda un acto mixto, mercantil para el asegurador « y civil para el asegurado, toda vez, que si para el primero su « objeto fué la especulación, para el segundo una medida de pru« dencia ó previsión, y por consiguiente, hay que deducir que las « acciones que resulten de la póliza no están sujetas á la ley « mercantil respecto de la parte actora, y por lo mismo, no es« tán extinguidas por la prescripción que establece el art. 1,043 « del Código de Comercio.»

Los razonamientos y las decisiones del fallo copiado son,

por lo demás, los del derecho *universal*, fíjese bien la atención, los del *derecho universal*, porque no hay en el mundo todo, ni ley, ni jurisprudencia, ni doctrina, que declare, que acepte la aberración de que un contrato de seguro es mercantil para el *asegurado*. A este propósito me basta reproducir lo que el Abogado que obtuvo el fallo aludido, expuso en su erudito alegato:

« El art. 392 dice: que los contratos de seguros de cualquiera especie, siempre que sean hechos por empresas, serán « mercantiles, lo cual significa que la comercialidad de ese contrato depende directamente de la calidad de la persona que lo « celebra, pues si ese contrato fuera mercantil *re ipsa*, entonces « lo sería cualquiera que fuese el carácter de la persona ó « personas que en él intervienen como contratantes, y en « tal caso serían contradictorias ó al menos saldrían sobrando las « palabras «*siempre que sean hechos por Empresas*» de que la ley « se sirve.»

« De esta consecuencia se deriva otra no menos importante « y de grande trascendencia en la presente controversia. «De la « presunción (dicen los Sres. Delmarre y Le Poitvin, en el lugar « antes citado), por la cual la ley imprime á un acto el carácter « comercial por razón de la sola calidad de la persona, se sigue « que tal acto puede ser acto de comercio relativamente á una « de las partes y no serlo relativamente á la otra.»

« La misma consecuencia deduce el jurisconsulto Bolaffio. « Este sabio autor, en su comentario al Código de Comercio Italiano, Tomo I, núm. 100, enseña: «La assicurazione terrestre á « premi non é atto di comercio *per l'assicurato*, giacche questi « assicurando, si compie un atto di providenza é di saggia economia domestica senza alcuma mira di speculazione comerciale.»

« Igualmente preciso es, sobre el particular, el jurisconsulto « Vidarri, quien en su introducción al estudio del Código de « Comercio Italiano, Tomo I, núm. 54, dice: « Le assicurazioni di cose, le quali non sono oggeti o stabilimenti di commercio e le assicurazione sulla vita sono atto di commercio rispetto all' assicuratore soltanto.» Y al ocuparse del estudio del

« seguro, enseña en el Tomo V, núms. 4,406 y 4,454, lo siguien-
« te: «Singola ó collectiva, del resto, á premio ó mutua sia l'assi-
« curazione, questa, per l' assicuratore, ha sempre carattere
« commerziale, sia che egli eserciti abitualmente tale industria,
« sia che non compia se nonatti singolari di assicurazione. Vuol
« dire che, nel primo caso, l'assicuratore sará un vero e proprio
« comerciante, soggetto a tutti i doveri e capace di tutti diritti
« propii dei comercianti; mentre, nel secondo caso, egli andrá
« soggetto soltauto all'aplicazione di dicerte discipline propria
« della mercature, quali sono quelle relative alla solidarietá, alla
« competenza, alla prova, ecc.»

« Se l'assicurato non é commerciante, l'assicurazione non
« assume per esso carattere mercantile; perche egli, cosi operan-
« do, non si propone che di difendersi contro un sinistro te-
« muto.»

« Se, per contrario, l'assicurato e un comerciante e l'assicu-
« razione riguarda l'uno ó l'altro bene del suo patrimonio mer-
« cantile, ó l'uno ó l'altro affare del suo commercio; l'assicura-
« zione e per lui un atto di comercio, perché, quantumque, essa
« abbia sempre per íscopo di difendere da un danno tenuto, pure,
« siccome questa difesa resolvesi in un maggior vantaggio che
« l'assicurato intende trarre dall' esercizio del proprio comercio,
« cosi la commercialita finale dello scopo si riflette sugli atti
« precedente che conducono ad esso.»

Y estas doctrinas y otras incontables que podían aducirse, evidencian con su uniformidad absoluta que sólo adulterando, violentando la naturaleza de las cosas ó de los actos jurídicos, habría podido la ley arbitrariamente atribuir el carácter de mercantil al contrato de seguros *respecto del asegurado*. Pues, señor, es concebible que una *Empresa* de seguros ejecute actos mercantiles en los contratos de seguros que celebra, porque *Empresa* quiere decir precisamente *repetición pública* de actos ó de contratos de seguros, ó lo que es lo mismo, entregarse al *hábito, al negocio habitual de lucrar* con la ganancia que deja, no uno, sino una serie, un conjunto de contratos que se celebran durante largos años con capital á ellos destinados. En esta serie de opera-

ciones notoria, evidente, palpablemente hay lucro, hay única y exclusivamente intención de *lucrar* con el juego y movimiento de los valores de las pólizas; pero ¿puede un solo individuo en calidad de *asegurado*, no ya proponerse lucrar materialmente, sino lucrar *lícitamente* por medio de la repetición de seguros á su favor? No puede, por la sencillísima razón de que la ley lo prohibe, y lo prohibe precisamente porque declara *inmoral* convertir en asunto de *lucro* para el asegurado un contrato que acepta la ley únicamente como un medio de precaverse de desgracias accidentales; la ley prohibe que se convierta en lotería ó juego de azar un contrato destinado á prevenir los casos fortuitos; la ley ordena en sus arts. 409, 410, 411 y 424 del Código de Comercio, que nunca podrá exceder la responsabilidad del asegurador del valor de la cosa asegurada; que por eso el asegurado deberá dar cuenta al asegurador de todos los seguros anteriores ó simultáneos que sobre esa cosa haya celebrado; que los efectos asegurados por todo su valor no podrán ser *asegurados* por *segunda vez*; y que el asegurador, después de un siniestro de la cosa que se aseguró, tiene derecho á rescindir el contrato por accidentes posteriores; disposiciones todas que evidencian de una manera indiscutible que está absolutamente prohibido al asegurado convertir el contrato de seguro en contrato de *lucro*, que es inmoral, ilícito y reprobado ante el derecho hacer de ese contrato una *especulación*, y que por lo mismo para el asegurado ese contrato es *esencialmente* civil.

Si todo esto es de ley expresa; si la ley prohibe categóricamente y condena y reprueba que el contrato de seguro produzca *lucro* de *especulación comercial* al asegurado, y si la *esencia* de la mercantilidad de los contratos es precisamente ese lucro que se prohibe al asegurado, ¿cómo es posible sostener y declarar que el contrato de seguros es mercantil para el asegurado? ¿Cómo pudieron escaparse al autor del fallo que combato estas observaciones que, además de fundarse en ley expresa, se fundan en la *esencia misma*, en la esencia moral y jurídica del contrato de seguros? ¿Cómo no pudo lastimar el sentido común del Juez, autor del fallo, declarar contrato de *lucro mercantil* para el asegurado

un contrato en que está ***expresamente prohibido*** al asegurado por la ley ***buscar*** y obtener ***lucro mercantil***? ¿Cómo pudo dejar de reflexionar que la ley prohibe á los incapacitados ejercer actos de comercio; y, sin embargo, no les prohibe asegurarse ó asegurar sus cosas por medio de sus tutores ó representantes legítimos? ¿Cómo pudo olvidar el precepto del art. 2,718 del Código Civil, que preceptúa que los tutores en ningún caso, ni aun con *licencia judicial*, pueden constituir á los incapacitados aseguradores de otros bienes; pero sí pueden hacer que sean asegurados aun sin licencia judicial? Todas estas leyes, todos estos preceptos de jurisprudencia universal ¿no están evidenciando, para cualquiera que medio haya balbutido la lógica jurídica, que si por una parte está prohibido al asegurado lucrar y obtener lucro en el contrato de seguro, y por la otra se permite á los incapaces de celebrar actos de comercio, celebrar el contrato de seguros como asegurados, es inconcuso, indiscutible que ese contrato no es mercantil para el asegurado? ¿Qué más necesita un espíritu medianamente cultivado para entender las leyes y reprobar como desatinada é insensata la mercantilidad del contrato de seguros para el asegurado?

Y los anteriores razonamientos fundados no sólo en leyes explícitas, categóricas y claras, sino en la naturaleza misma de los actos, que no podría cambiar la ley sin insensatez, esos razonamientos son la refutación completa é incontestable del sofisma grosero que al final del considerando copiado del fallo que combato, aparece con toda su ruda franqueza. En ese sofisma asienta el señor Juez que: «es por otra parte indiscutible que un seguro « solicitado de una empresa aseguradora por un comerciante pa- « ra asegurar una casa de comercio de su propiedad es un acto « mercantil tanto para el asegurado, como para el asegurador, « pues independientemente, de la naturaleza del seguro la opera- « ción de que en el caso debía producir entre comerciantes, obli- « gaciones que no son de naturaleza ***esencialmente*** civil, ya que por « lo tanto deben reputarse mercantiles conforme á la frac. XXI « del art. 75 del Código de Comercio.»

Repito que los anteriores razonamientos contienen ya la re-

futación de este sofisma, hijo de tempirismo de leguleyo, porque fundada en leyes expresas y categóricas que prohiben al asegurado buscar y obtener lucro en el contrato de seguro, se ve y se evidencia que la ley condena como inmoral el lucro en ese contrato, y si lo condena como inmoral, si es de derecho público que ese contrato no traiga lucro al asegurado, entonces es evidente que para el asegurado es imposible jurídica y moralmente ese lucro, y por lo mismo es de la *esencia moral y jurídica* del contrato para el asegurado que no pase de la esfera civil á la categoría de mercantil, puesto que es de su esencia que *no tenga*, que no pueda tener la única cualidad que lo haría mercantil: el lucro. Luego el argumento del Sr. Juez Cruzado invocando el artículo 75, frac. XXI, es simplemente un grosero sofisma de ignorancia y de falta de observación, porque obedeciendo el texto literal del precepto invocado por el fallo del inferior, se llega á la conclusión diametralmente opuesta á la que ese fallo torpemente llega; el precepto dice textualmente que: «la ley reputa « actos de comercio las obligaciones entre comerciantes si no son « de naturaleza *esencialmente civil*;» y es así, que hemos demostrado, que para el *asegurado* es *esencialmente civil* el contrato de seguro, porque la ley prohibe que en ese contrato exista la esencia de la mercantilidad, el *lucro* para el asegurado, y por lo mismo no quiere que salga de su esfera puramente civil; luego según el texto mismo invocado por el inferior, no es mercantil el contrato de seguro para el asegurado, pues aun aceptando que sea comerciante este asegurado, no puede lucrar con ese contrato, y éste es *esencialmente civil*.

En el terreno del derecho está, pues, victoriosamente refutada la grosera aplicación de la frac. XXI del art. 75 del Código de Comercio; pero además de ser inaplicable ese precepto por su sentido racional, lo es por no estar justificados los hechos que arbitrariamente da por justificados el Juez inferior para que pueda invocarse ese precepto. ¿Quién le dijo al Sr. Cruzado que Brunschwig era ó es comerciante, para que pueda reputarse el contrato de seguro que pretendía celebrar, como accesorio de su comercio y como implicando presunción de mercantilidad? ¿Dón-

de está probado ese elemento indispensable para poder aplicar de buena fe el precepto citado? El contrato de seguros ó de renovación objeto del litigio no se refiere á mercancías, no tiene ó debió tener por objeto asegurar establecimiento mercantil, sino un inmueble, una finca urbana; y la prueba evidente es que el único dato ministrado por el actor para fijar el monto del daño causado por el incendio es el valúo de la finca incendiada, no el valúo de mercancía alguna; y otra prueba evidente de que el seguro no se refirió á casa de comercio, ni se hizo por comerciante, es que precisamente Brunschwig no quiso renovar la póliza que tenía en la Compañía de Seguros representada por Marquard, porque había *vendido* las *negociaciones* aseguradas en esas pólizas (carta de Ketelsen y Degetau á Marquard). Lejos, por lo mismo, de que esté probado en autos que Brunschwig sea comerciante ó á lo menos que el seguro cuya renovación es objeto de este juicio haya tenido por objeto una negociación mercantil, aparece que dejó de ser comerciante y que el seguro de que se trata tenía por objeto una finca, solamente la finca, y no las mercancías ó negociación mercantil en ella contenidas, por no ser probablemente de Brunschwig esa negociación.

En resumen:

El contrato de seguros es *esencialmente civil* para el asegurado: porque la *esencia* de los actos mercantiles es el lucro, y la ley prohibe al asegurado *lucrar ó especular* con el contrato de seguro, y es absurdo que pueda ser *legalmente* mercantil un contrato al que la ley prohibe tenga lo que constituye la *esencia* de la mercantilidad; es civil, además, porque no hay ley que declare mercantil para los dos contratantes al contrato de seguros, supuesto que el art. 392, con el hecho de exigir para que tenga el carácter de mercantil que sea ejecutado por *Empresas*, es evidente y clarísimo que tiene esa exigencia la ley, porque solo así hay lucro mercantil en el contrato; y como ese lucro solo *existe* y *puede lícitamente existir* para las Empresas, es claro que solo para ellas podrá ser mercantil el contrato de seguros; es civil, por último, porque el art. 1,050 del Código de Comercio claramente preceptúa que los contratos definidos como mercantiles

por los preceptos de todo el Código, no lo son para ambos contratantes, sino solamente para el que celebre acto mercantil de lucro, y ya hemos visto que el asegurado nunca puede legalmente lucrar con ese contrato; no estando por lo demás ni siquiera probado que Brunschwig, el que debió ser asegurado, sea comerciante, ni que haya pretendido seguro para negociación mercantil.

VI

No siendo, pues, decidida é indudablemente contrato mercantil para el asegurado el contrato de seguros, es desatinado el siguiente argumento del fallo del Sr. Cruzado, aun suponiendo que exista el contrato de mandato y no simplemente de prestación de servicios entre los comisionistas de Brunschwig y Marquard, como lo tengo demostrado: « Ahora bien (dice el fallo, Con« siderando 3.°): el encargo conferido por Brunschwig á Marquard « para la renovación de la póliza es un mandato, el cual quedó « perfecto por la aceptación expresa de Marquard; y como ese « mandato tuvo por objeto un *acto concreto de comercio*, cual es la « operación de seguros antes referida, es indudable que el con« trato celebrado entre los Sres. Brunschwig y Marquard relativa« mente á dicha operación de seguros es un contrato de comisión « mercantil.»

Esto dice el Considerando 3.° de ese fallo: pero todo eso que dice es falso, erróneo y desatinado, puesto que hemos evidenciado con la ley en la mano que ni hay mandato, ni aunque lo hubiera tendría por objeto ese mandato un contrato mercantil. Pero el fallo avanza más en el terreno de las ilegalidades y de la ignorancia de las más rudimentales nociones jurídicas, y dice en el mismo Considerando: «la ley no exige para que la comisión exis« ta que el *acto para el cual se confiere el mandato haya de tener « la calidad de mercantil para ambas partes*, sino simplemente

« exige que se confiera el mandato en *acto de comercio* (*sic?*), y « muy bien puede éste, como acontece en muchos casos, producir « efectos mercantiles solamente para una de las partes, sin dejar « por eso de ser un acto de comercio; lo que quiere decir, que « en estos casos no quedará desvirtuado el contrato de comisión, « ni el comisionista dejará de obligarse mercantilmente para con « el comitente.»

Confieso ingenuamente que el razonamiento copiado es en mi concepto una jerga de palabras y frases sin sentido, porque no he podido entenderlo por más esfuerzos que he hecho. Advierto sí, que acepta el fallo que un acto jurídico puede ser mercantil para un contratante y no para el otro, y esa distinción que tan categórica y explícitamente reconoce el fallo para consignar el razonamiento ininteligible que he copiado, no la aplica como debía aplicarla al contrato de seguros que racional y jurídica y legalmente no puede ser mercantil para el asegurado, aunque sí lo es para el asegurador en el solo caso de que sea Empresa. Pero invocar esa distinción, como la invoca el fallo, no para hacer de ella la recta y legal aplicación que acabo de enunciar, sino para decidir que el *comisionista* ó encargado de celebrar ó que mande celebrar un contrato de seguros, celebra un contrato mercantil, es el colmo de la ligereza y de la frivolidad en la decisión de los litigios y estudio de los derechos que un funcionario grave tiene el deber de resolver con plena conciencia.

¿Qué quiso decir el fallo con esas frases copiadas? ¿Que aunque no sea mercantil el contrato de seguros, sin embargo el *comisionista* encargado de tomar un seguro ó que encarga á otra persona tomar un seguro ejecuta un acto mercantil? Pues señor, podrá ó no ser verdad esa afirmación del fallo, pero no viene al caso, porque Marquard no es *comisionista*, ni se le ha hecho, ni podido hacer ningún encargo en calidad de comisionista. ¿Quiso decir el fallo que desde el momento en que un *comisionista* es mandatario ó mandante, el contrato es mercantil para aquel de quien recibe ó á quien confiere un mandato? Pues entonces el fallo consigna un desatino, porque ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la razón aceptan esa barbaridad, la barbaridad reflejada hasta

en frasismo desatinado que emplea el fallo en ese razonamiento al decir que la ley sólo exige que se confiera el mandato en *acto de comercio*, pues esta frase en *conferir un mandato en acto de comercio* no tiene sentido jurídico, ni racional, ni gramatical.

Incapaces, pues, nosotros de penetrar el sentido de esa fraseología y teniendo que entrar en un laberinto inextricable de palabras para refutar su sentido presunto, convendrá mejor hacer esa refutación expresando sencilla y simplemente los principios legales en materia de contratos de comercio, en lo conducente al objeto del litigio, teniendo que repetir con claridad de maestro de escuela lo que dijimos en nuestro alegato de primera instancia, puesto que el Sr. Cruzado no pudo entender ese alegato.

La ley no exige, dice el fallo, que el acto para el que se confiera el mandato sea mercantil para ambas partes, á efecto de que haya comisión; no, es cierto, no exigen ni la ley, ni la doctrina, ni la filosofía del derecho, que sea mercantil el acto para el comitente, para el comisionista y para el *tercero*. Pero la ley, la doctrina y la razón dicen esto: «de cualquiera manera que obre « el *comisionista*, la operación por él hecha es *para él* ó *respecto* « *de él* necesariamente mercantil; pero respecto del *tercero* con « quien contrata el comisionista la operación, es civil ó mercan- « til, según su naturaleza, según que el acto que ejecuta ese ter- « cero sea civil ó mercantil, y es preciso tener cuidado de distin- « guir esta cuestión de la otra relativa al carácter mercantil de « la comisión respecto de las relaciones ó contrato celebrado en- « tre el comitente y el comisionista.» *De quelque maniere qu'agisse un commissionaire l'operation faite par lui est necesairement comerciale á son egard; mais, selon les cas, elle constitue un acte civile de comerce á l'egard du tiers contractant. Ainsi dans le cas oú un comissionaire vend des marchendisses á un agriculteur ou meme á un comerçant pour ses besoins particuliers, l'acte est civil á l'egard de l'acheteur. Il faut avoir soin de distinguer cette question de celle de savoir quel est le caractere de la commision dans les rapports entre le commetant et le commissionaire.* (Lyo-Caen, etc, tomo I, núm. 802.)

Ese cuidado de distinguir las relaciones entre comitente y comisionista de las que engendra el contrato celebrado entre comisionista y tercero, ese cuidado es el que no tuvo el Sr. Cruzado en su fallo, y por eso resulta obscuro, embrollado y desatinado el razonamiento que hemos copiado del considerando de dicho fallo; para evitar, pues, esa confusión y para refutar victoriosamente la consecuencia desatinada que el fallo deduce de esa confusión y embrollo de ideas, precisaremos nosotros la distinción tan natural, lógica y legal que se escapó al criterio del funcionario aludido.

Primero: Para que haya comisión mercantil distinta del mandato puramente civil, es preciso, en primer lugar, que la persona encargada del mandato, esto es, el mandatario, sea: ó *comisionista de profesión ó comerciante* (por la presunción que hay de que los actos ejecutados por comerciantes son mercantiles). Y la razón de esto es la misma que los autores citados dan en el número 749 del primer tomo de su citada obra, pues esa razón, palabra por palabra, puede hacerse sobre el texto literal de nuestro Código de Comercio, en los mismos términos que dichos profundos autores la dan sobre los textos del Código Francés Efectivamente, nuestro Código habla siempre en todos los artículos del capítulo I, título III del *comisionista*, y á ese comisionista *de profesión* es al que se refiere al reglamentar el contrato de *comisión*; nuestro Código, como el francés, impone al *comisionista* obligaciones que notoriamente no podrá tener un individuo que sea del todo extraño al comercio, pues si mañana escribo al Obispo de Michoacán encargándole me venda 100 barriles de vino, nadie sostendrá sensatamente que ese Obispo está obligado á cumplir con lo prevenido en los arts. 275 y 277 del Código de Comercio; es decir, que está obligado á practicar las diligencias necesarias para conservar los efectos del comitente y avisarle que no acepta; nuestro Código, como el francés, dice en su art. 75, fracción X, que son actos de comercio las *empresas de comisión mercantil*, es decir, que no basta que un acto aislado de mandato se refiera á negocio de comercio, para que el mandato sea comisión, sino que se requiere que el mandatario sea comi-

sionista, esto es, que haga profesión de ejercer mandatos mercantiles. Y estos textos legales, idénticos en nuestro Código á los del francés, son los que sirven de fundamento más que racional á los Sres. León, Caen, etc., en su obra citada para decidir (números 105 y 749) que: *un acte isolé de commission ne serait pas comercial, puisque la loi parle d'entreprise, ce qui suppose une habitude, une profession...... Selon nous, il ne saurait y avoir commision, qui si la personne chargée de faire une acte de comerce pour le compte d'une autre, est un commissionaire de profession ou au moins un commerçant...... celui que se charge accidentalmeut de faire pour autrui un acte de comerce, s'oblige donc par un contracte qui n'a rien de commerciale par lui.* De esto se deduce que para que en nuestro caso haya habido *comisión* mercantil, es preciso que los Sres. Ketelsen y Degetau hayan sido *comisionistas de profesión*, y con tal carácter hayan recibido un mandato para ejecutar un acto de comercio de parte de Brunschwig, y ni siquiera está justificado en autos que dichos señores sean comerciantes, y á ellos les correspondía probar esa circunstancia, porque fué negada la demanda absolutamente.

SEGUNDO: Suponiendo que dichos Sres. Ketelsen y Degetau sean *comisionistas*, el mandato que les confirió Brunschwig sería respecto de ellos un contrato mercantil, un contrato de *comisión*, porque ya lo hemos dicho, con la ley y la doctrina en la mano, « *de quelque maniere que agisse un commissionaire l'operation* « *faite par lui est necesairement commerciale á son egard*; » pero aquí no están discutiéndose, ni resolviéndose en este juicio los derechos y obligaciones nacidas por el mandato ó comisión entre Brunschwig y Ketelsen y Degetau, y por lo mismo, nada nos importa saber si en el caso de que Ketelsen y Degetau sean comerciantes, el mandato que aceptaron de Brunschwig es comercial de todas maneras; ni tampoco nos importa saber si siendo para ellos un mandato un acto mercantil, no lo es para Brunschwig en virtud de que sólo es comercial el contrato para el *comitente*, cuando la operación que manda hacer es comercial en sí, pues como dicen los autores citados: *c'est pour la compte du commetant que l'aperation doit etre faite, c'est a son point de*

vue qu'ilest naturel de se placer pour determiner si l'acte a faire est commercial: ainsi il y a commission quand un marchand des vins charge un commerçant d'acheter du pieces de vin pestinées á la revente, alors meme cue l'achat serait faite a un propietaire de vignobles et non pas a uu marchand de vins en gros; du contraire, il n'y a pas de commission lors qu'un personne charge un commerçant d'acheter pour sa consomation personnelle de pieces de vin......» Nada de esto, repito, tenemos que discutir, ni es preciso saber si el contrato de comisión es mercantil siempre para el comisionista (de profesión), y solamente lo es para el comitente, cuando el mandato que da es para que se ejecute un acto de comercio; nada de eso nos importa saber, porque no están á discusión los derechos y obligaciones del contrato celebrado entre Brunschwig y Ketelsen y Degetau, y por lo mismo, no tiene que decidirse si es ó no mercantil, sólo para éstos ó también para Brunschwig dicho mandato.

TERCERO: Lo que está á discusión es simplemente si el contrato de servicios ó de supuesto mandato celebrado por Ketelsen y Degetau con Marquard, ó si se quiere, por Brunschwig con Marquard, es ó no mercantil. Si aceptamos que ha existido un contrato de mandato entre los *comisionistas* de Brunschwig, los Sres. Ketelsen y Degetau y Marquard, entonces tendremos que aplicar la doctrina ya citada de los Sres. León Caen, etc., que dice: « La operación hecha por un *comisionista* es siempre mer« cantil para él; pero respecto del tercero con quien contrata ese « comisionista en nombre ó por cuenta del comitente, respecto « de ese tercero el contrato no es mercantil, sino cuando ese ter« cero celebra un contrato mercantil.» Doctrina literalmente trasladada al art. 273 del Código, que dice: «El mandato aplicado á *actos concretos de comercio*, se reputa comisión mercantil. » Si, pues, la ley, la filosofía de la ley y la jurisprudencia y doctrina invocadas; si el precepto expreso de la ley exige que el acto ó contrato para el que se confiere el mandato, sea un acto un contrato *concreto de comercio*, ¿cómo ha podido el fallo que analizo desconocer tan subversivamente ese texto explícito de la ley y aceptar que, *aunque no sea mercantil* el acto ejecutado por

Marquard en virtud del mandato que le dieron los comisionistas Ketelsen y Degetau, es, sin embargo, mercantil, sólo porque lo es ó puede serlo para los comisionistas? ¿Cabe mayor descaro en la desobediencia de la ley en esa su desatinada aplicación? Pero supongamos que falsificando las constancias del juicio, adulterando ó desconociendo la verdad indiscutible de los hechos, se acepta el falso supuesto de que Marquard no fué el *tercero* con quien contrataron los comisionistas de Brunschwig, Ketelsen y Degetau, sino el mismo Marquard fué el encargado directamente por Brunschwig del supuesto mandato en cuestión; supongamos, repito, que Brunschwig mismo encomendó á Marquard le renovase el seguro, y que ese encargo es, no una simple prestación de servicio, sino un mandato; en este caso, ¿puede legalmente decirse que hay comisión mercantil cuando prescindiendo de que el acto para que se dió ese supuesto mandato no es mercantil, como lo hemos demostrado, Marquard no es *comisionista* ni comerciante? Para que haya comisión mercantil es preciso, lo hemos dicho y demostrado, *que la persona encargada de hacer un acto de comercio, sea comisionista de profesión ó comerciante que acostumbre hacer negocios por cuenta agena: il ne saurait y avoir commission que si la personne chargé de faire un acte de commerce pour le compte d'un autre est un commissionaire de profession ou au moins uu comerçant qui, à coté des affaires qu'il fait pour son propre compte, en fait aussi pour le compte d'autres perssonnes.* Y Marquard ni es comisionista, ni comerciante que hace negocios por su cuenta ó por la ajena.

En resumen, y depurando y reduciendo á ideas precisas y claras el embrollo y confusión del fallo á propósito de la naturaleza de la comisión mercantil y de los contratos de ella emanados, queda evidenciado: primero, que el mandato llamado comisión es mercantil siempre para el mandatario ó *comisionista*, pero bajo la condición precisa de que el comisionista sea *comisionista de profesión,* y Marquard no sólo no es comisionista de profesión, pero ni siquiera es comerciante; segundo, que el contrato de comisión, ó sea el mandato conferido á un *comisionista de profesión*, es siempre mercantil para él; pero el acto que debe ejecu-

tarse ó celebrarse en virtud de esa comisión (distinto del contrato de comisión), ese acto sólo es mercantil cuando el comitente encarga la celebración de un acto en sí mercantil, pues como enseñan los autores citados: *c'est pour la compte du commetant que l'operation doit etre faite, c'est à son point de vue qu'il est naturel de ce placer pour determiner si l'acte a faire est commercial;* y en el presente caso Brunschwig no ejecutaba acto comercial, porque no lo es para el asegurado asegurar un *inmueble* que era el único objeto del seguro ó renovación del seguro encargada por Brunschwig; y, tercero, que suponiendo que el *acto* objeto de la comisión fuera mercantil para Brunschwig, no lo era ni podía serlo para Marquard, ya se considere mandatario directo de Brunschwig, ya de sus comisionistas Ketelsen y Degetau, porque en el primer caso no hubo ni siquiera comisión, supuesto que Marquard no es comisionista, ni comerciante; y para que el *mandatario* que ejecuta un *acto mercantil en sí mismo*, se obligue mercantilmente respecto de su mandato, no basta que el acto que ejecuta como mandatario sea mercantil, sino que es preciso que ese mandatario sea comisionista de profesión: *il ne suffit pour qu'il y a commission qu'il s'agisse d'un acte de commerce; il ne saurait avoir commission* que *si la personne chargé de faire un acte de commerce pour le compte d'autre est un commissioniste de proffession.* En el supuesto de que fuese acto mercantil renovar una póliza, el mandante Brunschwig celebraría acto de comercio; pero el mandatario Marquard no, porque no es comisionista, y solamente celebraba acto de comercio en representación de otra persona; y si ni siquiera contrató con Brunschwig, sino con los comisionistas de Brunschwig, entonces Marquard figura en el contrato de comisión como un tercero que acepta un encargo puramente civil, mandato ó prestación de servicios.

VII

« El hecho de que Marquard (dice el fallo en su consideran« do 3.º), no haya conocido personalmente á Brunschwig ni cru« zado con él correspondencia para la celebración del contra« to, en nada afecta la validez y ejercicio de éste....... porque « debe tenerse en cuenta que según la correspondencia cruzada « entre Marquard y Ketelsen y Degetau, estos intervinieron como « verdaderos *comisionistas* entre Brunschwig y Marquard, enco« mendando á éste la renovación de la póliza en nombre de aquél, « encargo que Marquard aceptó, y en consecuencia, con arreglo « al art. 285 del Código de Comercio, el contrato para la renova« ción de la póliza debe reputarse como directamente celebrado « entre Brunschwig y Marquard, é inaplicable el art. 1,285 del « Código Civil invocado por Marquard. »

En este considerando ya no aparece Marquard como comisionista, sino como *tercer* contratante que contrató con los comisionistas Ketelsen y Degetau; y, como todos los argumentos del propio fallo para demostrar la mercantilidad del acto ó mandato entre Brunschwig y Marquard tienen por fundamento único que Marquard es *comisionista, mandatario comisionista de Brunschwig*, no se compadecen estos argumentos con el preinserto, en el cual se consigna que Marquard contrató con los *comisionistas* de Brunschwig y no con éstos, y por lo mismo Marquard no fungirá ya como comisionista sino como un *tercero*, contratando con los comisionistas y no con el comitente.

Sólo así es aplicable el art. 285 del Código de Comercio, porque ese artículo lo aplica el fallo para el efecto de considerar á Marquard como un tercero (no como comisionista de Brunschwig) con quien contrataron los *comisionistas de Brunschwig*, y si este es el carácter de Marquard, si es un tercero y no el comi-

sionista ó mandatario mercantil de Brunschwig, entonces, ¿pudo el fallo aplicar á Marquard todos los preceptos legales que hablan del *comisionista y de la comisión*, para declararlo obligado mercantilmente, si Marquard, lejos de ser comisionista de Brunschwig es simplemente el tercero con quien contrataron los verdaderos *comisionistas y mandatarios mercantiles* de Brunschwig? ¿Cómo explicar semejantes contradicciones y desatinos del fallo del ex-juez 2.º de lo civil? ¿Se propuso ese fallo buscar á toda costa sofismas á favor de la parte actora y en su prurito de argumentaciones falsas y desatinadas no percibió las incoherencias y contradicciones de sus razonamientos?

El hecho es que la objeción hecha á la demanda y fundada en el art. 1,285 del Código Civil, no tiene otra contestación que la dada por el Sr. Juez Cruzado; entonces resulta que Marquard no ha sido *comisionista*, que los comisionistas de Brunschwig fueron los Sres. Ketelsen y Degetau, que Marquard fué simplemente el *tercero* con quien contrataron esos comisionistas, y que por lo mismo con él no ha celebrado Brunschwig ningún contrato de *comisión*; y como la acción aducida fué la de *comisión*, esto es, la de *mandato mercantil*, y Marquard no ha sido *mandatario mercantil* de Brunschwig, pues los mandatarios fueron los Sres. Ketelsen y Degetau, es evidente que según el mismo fallo no está probada la *acción* deducida, la de *comisión mercantil*, que fué y es la única objeto de este juicio, y no la que resulta del contrato celebrado entre los *verdaderos comisionistas* de Brunschwig y Marquard.

Y efectiva y real y sinceramente, Marquard contrató con Ketelsen y Degetau y no con Brunschwig; y siendo este un hecho evidente y reconocido por el mismo fallo, nos encontramos en esta ineludible disyuntiva: ó contrató Marquard con los Sres. Ketelsen y Degetau en su calidad ellos de *comisionistas*, ó sea *mandatarios mercantiles* de Brunschwig y Marquard, es simplemente el tercer contratante á que se refiere el art. 285 del Código de Comercio, y por eso se lo aplica el fallo del Sr. Juez Cruzado; ó Marquard contrató personalmente con dichos Sres. Ketelsen y Degetau celebrando con ellos el supuesto contrato de *mandato* civil

ó mercantil. Si lo primero, Marquard no es comisionista, puesto que los *comisionistas* de Brunschwig en el contrato en cuestión fueron los Sres. Ketelsen y Degetau, y Marquard solamente el *tercer* contratante á que se refiere el art. 285 del Código de Comercio; y si Marquard no ha sido *comisionista* de Brunschwig, ni ha celebrado con él dicho contrato de *comisión*, sino otro distinto con los comisionistas de Brunschwig, entonces no procede la acción intentada, pues la deducida en este juicio fué única y exclusivamente la de *comisión mercantil*, y el fallo mismo reconoce que Marquard no fué comisionista de Brunschwig en el contrato objeto del juicio, sino fué el tercer contratante de que habla el art. 285 del Código de Comercio; luego reconoce el mismo fallo que no procede la acción de comisión. Si lo segundo, esto es, si Marquard contrató *personalmente* con los Sres. Ketelsen y Degetau aceptando un mandato civil ó mercantil que éstos, no Brunschwig, le confirieron (aunque haya sido á beneficio de otra persona), entonces la excepción opuesta á la demanda es indiscutible, porque según el art. 18 del Código de Procedimientos Civiles, congruente con el 1,285 del Código Civil, la acción personal derivada de contrato, sólo puede ejercitarse por el contratante ó su cesionario, y por lo mismo, cuando la entabla él que no contrató es legalmente repelido por la excepción *sine actione agis*.

VIII

El celebérrimo fallo que vengo analizando trae entre sus celebridades jurídicas la siguiente, que entrego al estudio de los sabios para que la eleven á la categoría de descubrimiento jurídico: « Finalmente (Considerando 4.°), desde el momento en que « Marquard aceptó la *forma mercantil del juicio*, supuesto que no « recurrió contra ella, aceptó *implícitamente* la mercantilidad del

« contrato que dió origen á la contienda, y son, por lo tanto, ex-
« temporáneas sus alegaciones en contrario...... »

¿Se habrá dado cuenta el autor del anterior razonamiento, de la barbaridad que en él se contiene? ¿Quién inspiraría, quién insuflaría al criterio del Sr. Cruzado semejante dislate? Porque por mucho que haya bajado en nuestro criterio, al leer los demás razonamientos de su fallo, el concepto de su juicio y de su instrucción, no podemos aceptar que él, *de por sí*, haya podido descender tan bajo en la escala de la ignorancia jurídica.

Yo me imagino que siguiendo el criterio y las lecciones del fallo, hubiera apelado Marquard del auto que dió traslado de la demanda en que el Sr. Brunschwig dedujo contra Marquard la ***acción mercantil de comisión***, ó la acción de daños y perjuicios, fundándola, como la fundó, en un contrato de ***comisión mercantil*** que asegura en su ***demanda celebró con Marquard.*** Yo me imagino que se admitió la apelación, y que estamos ya el abogado de Brunschwig, y yo, como abogado de Marquard, ante el Tribunal que conoce de esa apelación. ¿Qué debía hacer, ó decir, ó alegar yo para que se revocara el auto de trámite que dió traslado de una demanda en juicio mercantil? Puesto que, según el fallo, el hecho de aceptar ese trámite es aceptar implícitamente que el contrato por que se demanda á Marquard es mercantil, sin que pueda objetar después su mercantilidad, lo único que podía yo alegar para que se revocara ese auto de trámite (que más bien tiene cara de sentencia de casación, según lo comprende el señor Juez Cruzado); lo único que podía yo alegar es que ***no debía demandarse á Marquard en juicio mercantil, porque no era contrato de comisión el que célebré con él, sino de prestación de servicios, ó en todo caso de mandato civil, y debía, por lo mismo, Brunschwig demandar á Marquard por prestación de servicios ó mandato civil, y no por contrato de concesión mercantil.***

« Pero, Sr. Pallares, (me contestaría el abogado contrario,
« aunque fuera el último de los abogados lanzados al foro por la
« última de las Escuelas del último de los Estados de la Repú-
« blica); pero, ¡Sr. Pallares! ó es vd. un abogado de una mala fe
« groserísima, pues no se avergüenza de emplear los sofismas

« más burdos y brutales, ó es vd. un idiota sin nociones siquiera « de lógica y de tecnicismo jurídicos; porque en sustancia, ¿qué « pretende vd. al pedir que se revoque el auto que dió traslado « en *vía mercantil* de la demanda de Brunschwig, fundándase vd. « en que no existió contrato de *comisión mercantil* sino *presta-* « *ción de servicios*, ó cuando mucho, mandato civil? Pues en sus- « tancia lo que pretende vd. es que se declare y decida que *no* « *ha existido el contrato de comisión mercantil en que funde su* « *demanda el actor*, que no tiene la acción derivada de su con- « trato? » ¿Y cree vd., no ya jurídico y legal, sino siquiera ra- « cional y de sentido común, que se decida en forma de *auto de* « *trámite* la cuestión capital y única que es objeto del juicio? « ¿Cree vd. de buena fe, Sr. Pallares, que ordenando, como or- « denan el Código de Procedimientos Civiles y todos los Códigos « *racionales*, simplemente *racionales* del mundo, que la acción « intentada ó las demandas propuestas deben resolverse en *cuan-* « *to al hecho y al derecho* en la *sentencia definitiva*, previas las « formalidades de contestación á la demanda, término de prue- « ba, rendición de pruebas, alegatos, etc., etc.; cree vd. que pre- « viniendo eso todas las leyes del mundo, porque en todas ellas « esas formalidades judiciales tienen precisamente por único ob- « jeto el que con audiencia y defensa plenas de litigantes se de- « cida la verdad y la legalidad de la demanda; ¿cree vd., sin es- « tar burlándose de la ley, de la contraria y de los Jueces, que « puede ó debe decidirse en un auto de *trámite*, de *simple trámi-* « *te*, lo que la ley quiere, y quiere racional y lógicamente que se « decida en sentencia definitiva previas las solemnidades todas « del juicio, de manera que en un auto de simple trámite se pre- « juzgue, se anticipe el fallo definitivo, la ejecutoria de la acción « misma, de la demanda intentada? ¿Cree vd. eso, Sr. Pallares, « cuando tiene vd. los preceptos explícitos é inequívocos y cla- « ros de la ley, que le dicen que las excepciones perentorias se de- « decidirán en la sentencia *definitiva* (art. 945, Código de Proce- « dimientos Civiles), que la sentencia *definitiva* debe decidir la « principal de la acción ó de la demanda (art. 600, del C. P. C.), que « esa sentencia *definitiva* debe ocuparse de decidir las *acciones y*

« *excepciones* respectivamente deducidas y opuestas (art. 605, C. de « P. C.), que en la contestación de la demanda deben oponerse « las excepciones *perentorias*, objeto *directo y principal y exclusivo* de la sentencia definitiva y no de autos de trámites? (artículo 943 y arts. 1,322, 1,327 y 1,381 del Código de Comercio). « Pues si todo esto dicen las leyes, y al decirlo y ordenarlo no « dicen y ordenan algo más ó menos secundario, sino dicen y « ordenan que la sentencia es la *única* que debe decidir dicha « acción, y que no puede decidirla antes de la sentencia definitiva un auto de simple trámite; pues si estos absurdos y contradicciones no pueden aceptar las leyes, ni destruir con un precepto insensato el conjunto de preceptos, el plan fundamental de « todo el enjuiciamiento que ellas mismas han organizado para que « la sentencia definitiva sea la única que decida sobre la *existencia* y sobre la *legalidad de la accion ó demanda*, ¿entonces cómo « ha podido caber en el cerebro del Sr. Juez Cruzado, que un « auto de trámite se convierta en sentencia definitiva, prejuzgue « la resolución que sólo el fallo definitivo puede dar, y sin plena audiencia ni pruebas comience por decidir que el actor no « tiene la acción intentada antes de que ese actor pruebe y alegue su derecho? »

Y yo, abogado de Marquard, no sabría qué contestar á estas objeciones del abogado contrario, porque yo no puedo defender absurdos tan burdos y groseros, y bastarían esos argumentos *ad absurdum* que tan luminosamente se ofrecen al más vulgar espíritu, para que el del Sr. Cruzado hubiera comprendido todo lo que hay de insensatez, de inepcia, de inaudito desatino en el argumento de su considerando 3.°, que declara que el demandado debe pedir que por vía de auto de trámite se resuelva la *improcedencia de la acción por que se le demanda*, bajo pena de no poder objetar esa demanda y esa acción, porque no la objetó en *vía de trámite. El demandado no recurrió contra la forma del juicio*, luego (¡¡Ah, qué *luego*, Dios mío!!) aceptó la *mercantilidad del acto*; ¿y hay jueces que han envejecido desempeñando la judicatura años tras años, que han encanecido ejerciendo la judicatura y que tienen el candor, la ignorancia supina de asentar

estas inepcias como argumentos serios? El demandado no recurre contra el auto que da entrada á un interdicto posesorio, *luego* consiente en que el actor no necesita ocurrir á la acción reivindicatoria, sino que tiene la *acción posesoria*; el demandado no recurre contra el auto que da forma al juicio sumario de desocupación por falta de pago de *rentas*, *luego* consiente en que procede el *lanzamiento*; el demandado no recurre contra el auto que da forma al juicio sumario de hipoteca, *luego* consiente en que la hipoteca es válida y no puede alegar los vicios de la escritura y su falsedad; el demandado *no recurre* contra el auto que dicta un auto de *exsequendo* por el importe de una letra de cambio contra el que aparece como aceptante, *luego* acepta que esa letra de cambio es verdadera, legítima, regular, y ya no puede oponer excepción ni defensa alguna. Pero si todo esto es cierto, ¿entonces qué objeto tendrá el juicio ó los juicios en los casos mencionados? Si el auto que da forma al juicio posesorio, al interdicto, al juicio de lanzamiento, al juicio hipotecario, al juicio ejecutivo de letra de cambio; si ese auto decide ejecutoriamente y como *cosa juzgada* la existencia de la *posesión*, la procedencia del *lanzamiento*, la legitimidad de la *escritura hipotecaria*, la legalidad de la *letra de cambio*, entonces ¿qué objeto tiene el juicio ó los juicios de desocupación, hipotecario, etc.? Pues, señor, á cualquiera que no tenga atrofiado el cerebro se le ocurre que el modo de *recurrir* contra esos autos no es ni puede ser otro que el de *negar la demanda* ó el de *oponer excepciones perentorias*, porque cuando el auto de trámite no puede ser revisado sino en virtud, por el motivo, por la causa de que es *falsa ó ilegal* la *acción* intentada, atacar ese auto es (entiéndalo bien el Sr. Cruzado), es *atacar la acción*, y las acciones no se atacan sino precisamente negándolas ú oponiendo excepciones perentorias.

El Sr. Cruzado *ha oído cantar el gallo y no sabe por dónde*; ha oído decir que se puede apelar ó interponer recurso contra el auto que da *forma al juicio*; pero no sabe cuándo, en qué casos, ni por qué motivo se puede recurrir contra ese auto; pues bien, es preciso instruir al Sr. Cruzado sobre estas vulgaridades jurídi-

cas, para que no vuelva á juzgar á los litigantes en su Juzgado Menor con el criterio con que juzgó al Sr. Marquard.

Desde luego hay que reconocer esta verdad indiscutible que solamente los idiotas no podrán comprender: al actor corrresponde fijar con absoluta, absolutísima libertad la *acción* que deduce, esto es, lo que reclama del demandado y la causa legal por que lo reclama. El actor es el que promueve el juicio, y él podrá pedir, reclamar, exigir un desatino; pero él sólo es el que tiene el derecho de fijar en su demanda ese desatino, pues precisamente para eso es el juicio, para que se discuta y falle y pruebe si es ó no un desatino ó una injusticia lo que reclama ó pide; y sería el colmo de la locura, la inversión de todas las nociones más elementales y *esenciales* de lo que es un *juicio*, suponer siquiera, imaginarse que no al actor, sino al demandado ó al Juez correspondía decir al actor lo que debía demandar. Semejante insensatez no cabe en humano criterio, porque nadie podrá nunca concebir que tenga uno y que no tenga el derecho de llevar á los Tribunales sus reclamaciones buenas ó malas; ó que antes de todo juicio se decida que no debe uno reclamar lo que reclama.

Comprendida esta verdad indiscutible, la de que al actor corresponde fijar la *acción* que deduce, ó lo que es lo mismo, lo que *reclama y pide* y la *causa legal* en que funde su reclamación, sin que nadie pueda ni tenga derecho para coartarle esa libertad (art. 923 del Código de Procedimientos Civiles); comprendida esta verdad fundamental, y banal, á la vez de todo tiempo y de toda legislación, veamos cuál es la situación de los litigantes una vez deducida una acción.

Si el actor entabla una *acción ó demanda*, la que le plazca, pero una acción ó demanda que según la ley no *deba entablarse en la forma que pretende el actor y acepta el Juez*, entonces es el caso (¡Sr. Cruzado!) entonces y sólo entonces es el caso de impugnar la forma del juicio, porque entonces impugnando esa forma no se impugna la *acción*, *el derecho* reclamados por el actor, sino que aceptando el debate tal como él lo plantea en el fondo, *para que se resuelva en su oportunidad*, se le objeta

con sus propias afirmaciones juridicas que no es la *forma, simplemente la forma*, que eligió la que corresponde á la reclamación que hace, se le arguye de contradicción, diciéndole: *si tú deduces tal acción y la ley dice que cuando un individuo es demandado por tal acción, tiene derecho á tal forma de juicio, entonces debes concederme esa forma, puesto que eliges libremente una acción que debe discutirse en esa forma.* O la inversa: *la ley sólo concede tal forma privilegiada de juicio, cuando el actor en uso de su libertad absoluta entabla, deduce una acción que la ley le permite ó concede discutir en tal forma privilegiada; es así que tú no entablas, no deduces una acción que tenga por la ley esa forma privilegiada de juicio, luego no puedes demandarme en esa forma.*

Como se ve, en todos esos casos no se ataca por vía de trámite ó forma de juicio el *fondo del derecho*, el fondo de la *acción* deducida, porque atacar ese fondo no es materia de *excepciones dilatorias*, sino de *perentorias* ó de negación de la demanda, y sólo al Sr. Juez Cruzado pudo ocurrírsele sostener que las excepciones perentorias ó negación de la demanda deban ser objeto de un auto ó de reclamación contra un auto de trámite, sólo á él pudo ocurrírsele confundir excepciones dilatorias con perentorias: la forma con el fondo. En todos esos casos, que son los únicos en que puede objetarse ó ocurrirse contra la forma del juicio, no se ataca el fondo del derecho, no se tiene la desatinada, la insensata pretensión de que el actor cambie su acción y deduzca no el derecho que cree tener, sino el que el demandado *cree que deba tener.* Si el actor demanda por la *acción* de dominio un inmueble y promueve esa demanda en juicio *sumario,* es claro que contradice lo que él mismo asienta en su demanda, pues la ley no le faculta para ejercitar en juicio *sumario* la acción de dominio; si el actor demanda *divorcio* y ejercita su acción en *vía mercantil*, es claro que hace uso de una forma de procedimiento que la ley no concede á la acción que ejercita ese marido; si el actor demanda en *vía de interdicto* la entrega de una finca por haber terminado el contrato de arrendamiento, es claro que aceptando como debe aceptarse su demanda y acción tales como las propone sin alterarlas ni resolverlas de antemano, no puede acep-

tarse que esa *acción de desocupación*, *justa ó injusta*, *verdadera ó falsa*, se ventile en vía de *juicio sumario*, *de interdicto posesorio*, porque la ley no concede al actor esa forma para discutirse y resolverse la acción que deduce. En todos estos casos y *todos los demás idénticos*, lo único que el demandado puede objetar como excepción dilatoria, es la *forma del juicio*, no el fondo de la acción; y para discutir esa *forma*, para oponerse á esa *forma*, puramente á la forma del juicio, tiene que aceptar la *acción ejercitada* por el actor *tal como la ejercita*, y decirle ú objetarle sencillamente esto: « Tú dices que ejercitas la *acción* de dominio, pues « si esa es la acción que ejercitas en uso del derecho absoluto que « tienes para demandar lo que justa ó injustamente reclamas, no « puedes ejercitarla sino en forma de juicio ordinario, porque la « ley garantiza al demandado que cuando se ejercita contra él la « *acción de dominio*, con ó sin justicia, tenga derecho á que se « ejercite, ventile y decida en juicio ordinario. »

Esto es lo ùnico que puede decir y objetar el demandado respecto de la forma del juicio; pero el demandado no puede á pretexto de forma y en calidad de excepción dilatoria ó de recurso contra un auto de trámite, no puede decir el actor: « Tú « me demandas por la *acción reivindicatoria* fundada en escritu- « ras que sólo demuestran ó prueban *posesión*, no puedes, por lo « mismo, demandarme en *juicio ordinario* de dominio, sino que « debes demandarme en juicio *posesorio*, y como se me dió tras- « lado en vía ordinaria de tu demanda, apelo de este auto y pido « se declare que no procede el juicio de dominio reivindicatorio, « sino el posesorio. » Y si á esta objeción ó recurso recae un fallo *en artículo sobre forma de juicio decidiendo*, que el actor debía demandar *posesión* y no *dominio*, debía ejercitar acción *posesoria* y no acción de *dominio*; ¿habrá en el foro del mundo algún espíritu bastante imbécil para no comprender lo desatinado y bárbaro de semejante forma de litigar y de semejantes excepciones dilatorias?

Pues en México ha existido un juez que lejos de comprender ese desatino, lo ha elevado al rango de fallo, lo ha consagrado con la autoridad de su oficio, y por esto me ha obligado á es-

cribir diez largos pliegos para demostrar esta banalidad: « El actor es libre, absolutamente libre, para entablar *acción* que cree de buena ó mala fe que tiene; y el juicio en todos sus trámites, pruebas y audiencias se ha establecido precisamente para que en la sentencia definitiva, y no en otra forma, se decida la *existencia* y la *legalidad* de esa acción; y por lo mismo, no puede obligarse al actor, á pretexto de forma de juicio, á cambiar su acción, ni se puede por vía de excepción dilatoria prejuzgar la legalidad de esa *acción.* Las objeciones á la forma, á la *simple forma* de juicio, no proceden sino aceptando la *acción* tal como la ejercita el actor.

IX

Consigna el fallo en su considerando 4.°, que no está justificado que el contrato ó mandato aceptado por Marquard fué gratuito, correspondiendo al demandado probar esa *excepción* (sic?); que la carta de Marquard presentada por el actor en que aquél dice que el encargo que se le hacía de renovar la póliza, no le producía un solo centavo, pues la *comisión* era para Ketelsen y Degetau, esa carta prueba, ¡cosa extraordinaria! lo contrario de lo que dice, pues el Juez leyó con mirada *invertida* las frases insertas y de ellas dedujo que *Brunschwig* iba á pagar á Marquard la comisión, y que Marquard cedió ó regaló sus honorarios á Ketelsen y Degeteau. Y no es esto todo, sino que la pretendida generosidad de Marquard está desmentida según el fallo, por las cartas que dirigió á Ketelsen y Degetau, *agradeciéndoles* que hayan cumplido con el encargo que les hizo de ver si Brunschwig renovaba las pólizas que tenía en la Compañía *El Fœnix*, y de *conseguir para Marquard el favor de que le cucargase renovar la póliza de la Union Fire Compañía, agradecimiento incompatible con la gratuitidad del*

servicio. Y por último, que aunque fuera gratuito ese servicio no dejaría de ser comisión, según el art. 304 del Código de Comercio.

A veces, señores Magistrados, dan tentaciones de resucitar y poner en práctica el viejo axioma escolástico de *contra principia negantibus cum fustibus est arguendi*; á veces dan gana de refutar con azotes las negligencias de jueces que no se toman el trabajo ni de leer los autos, ni conocer su sentido literal, ni tener ellos sentido común, sino que bajo la obsesión del capricho todo lo adulteran, confunden y estropean con una torpeza indigna del respeto que se debe á las funciones de Juez.

¿Quién si no el Juez, autor del fallo inicuo, mil veces inicuo, pudo cometer la barbaridad, sí, la barbaridad de falsificar brutalmente el sentido claro y sencillo de las frases de la carta que acabo de copiar? ¿Qué dicen esas frases? Pues dicen clara y sencillamente que Marquard no obtenía *un solo centavo* por cumplir el encargo que se le hacía de renovar la póliza de Brunschwig, pues la *comisión* era para Ketelsen y Degetau; y ¿quién, sino ese Juez encaprichado en tergiversar hasta la esencia de los hechos en favor de Brunschwig, quién que tenga criterio sano y honrado podrá deducir de esas frases que Marquard debía percibir honorarios y que esos honorarios los cedía á Ketelsen y Degetau? Pues, señor, si lo contrario, absolutamente lo contrario es lo que dicen esas frases; ellas dicen textualmente que no percibía Marquard ni *un solo centavo por honorarios*, ¿cómo ha tenido el fallo el cinismo de hacerles decir lo contrario de lo que dicen, esto es, que Marquard confiesa que debía percibir honorarios y que los cedía á Ketelsen y Degetau? ¿Dónde está esa cesión, dónde aparece que lo que *debía* percibir Marquard lo cedía á Ketelsen y Degetau? Marquard dice que el honorario era para ellos; pero no dice en ninguna parte que ese honorario era el que él les cedía; no, ni podía decir esto, porque nadie cede lo que no tiene y Marquard está diciendo que ni un centavo le producía la comisión, y si no le producía nada, nada podía ceder; y si el mismo Marquard agrega que el honorario era para Ketelsen y Degetau, no dice que el honorario era el que él les cedía, sino como es lógico y racional, es el honorario que les dió y les daba Brunsch-

wig de quien ellos eran *comisionistas*. De manera que donde Marquard dice, y lo dice, muy clara é inequívocamente: *yo no recibía ningún honorario, pues quienes lo recibían de Brunschwig eran los Sres. Ketelsen y Degetau,* donde Marquard dice sencillamente eso que es la verdad, el Juez, no solo adulterando, sino adicionando á su capricho y arbitrariamente el texto literal y sentido genuino de esas palabras, les hace decir: *yo no recibía ningún honorario, pues el que me ofreció Brunschwig lo acepté y lo cedí á los Sres. Ketelsen y Degetau.* ¿Y quién ha autorizado al Juez para adicionar y adulterar con ese aditamento tan grosero y pérfido los conceptos de la carta copiada? ¿No es esto el colmo de la iniquidad judicial y de la impudencia en las apreciaciones do un fallo? ¿Quién le ha autorizado para inventar y suponer la existencia de un honorario aceptado y luego cedido, para suponer falsamente la existencia de dos contratos que ninguno, ni el mismo actor, se ha atrevido á suponer?

¿Y qué más? ¿Aquí terminan esas iniquidades y esas impudencias? Desgraciadamente no, pues el inaudito Considerando 4.° confundiendo todos los hechos, todos los elementos, haciendo un embrollo de constancias que cualquier espíritu sensato distingue y comprende, dice que de las cartas en que Marquard suplicaba á Ketelsen y Degetau obtuvieran de Brunschwig la renovación de las pólizas que tenía en la Compañía *El Fœnix*, se deduce que Ketelsen y Degetau á solicitud, á ruego de Marquard *obtuvieran de Brunschwig en favor de Marquard que le encargase la renovación de la póliza de la Norwich Union Fire Co.*, y por eso Marquard *agradece* á Ketelsen y Degetau que le hayan *conseguido ese encargo* y por eso no hay la *pretendida generosidad.* ¡Cuánto desatino, cuánta ligereza, cuánta necedad, cuánta torpeza indigna de un Juez que va á resolver derechos importantes ventilados en un juicio! Marquard no ha dado ni podía dar las gracias á Ketelsen y Degetau porque le hayan encargado la renovación de la póliza de que se trata; Marquard comisionó á los Sres. Ketelsen y Degetau para que gestionaran cerca de Brunschwig la renovación de las pólizas del *Fœnix* de cuya compañía era y es apoderado Marquard, y por lo mismo le interesaba esa renova-

ción; pero el que se renovase la póliza de la *Norwich Union Fire* no le interesaba de ninguna manera, y por eso cuando los señores Ketelsen y Degetau, comisionistas de Brunschwig, en lugar de lograr de Brunschwig lo que Marquard les encargó, á saber: la renovación de las pólizas del *Fœnix*, le dicen que no las renovaba y que le suplican renueve la póliza de la *Norwich Union*, Marquard contesta categóricamente en carta de 4 de Febrero, no dando las gracias por ese encargo, como asienta el fallo, sino diciendo textualmente: *he visto que el Sr. Brunschwig no puede renovar* las varias pólizas (del Fœnix). La póliza de $15,000 sobre la finca que cubría la *Norwich Union no ha pasado por mis manos, y si el Sr. Brunschwig quiere que la renueve yo por conducto de vdes., lo haré con gusto.* Ni una palabra de *agradecimiento hay* aquí, ni podía haberla, pues si Marquard solicitó ese encargo, ni le interesaba la renovación de la póliza, ni le importaban los intereses de la Compañía *Norwich Union.* Simplemente dice que aceptará el encargo por conducto de Ketelsen y Degetau, aunque no es póliza que haya pasado por sus manos; y es el colmo del desatino suponer que se dan las *gracias* por hacer un favor, y el colmo de la ligereza y de torpeza el decir que es *pretendido desprendimiento* de Marquard, el aceptar el encargo gratuito de renovar una póliza, porque se dan las gracias de un encargo hecho á Ketelsen y Degetau. Si más tarde, no Marquard, sino el apoderado de Marquard por estar éste ausente, da las gracias en carta de Marzo, se comprende desde luego que ese nuevo apoderado pone como frase de estampilla *esas gracias* sin estar en antecedentes del negocio, pues ellos, como se ha visto, demuestran que absolutamente nada tenía que *agradecer Marquard por aceptar hacer ese servicio.*

¡Pero, señor! ¿A quién, si no á un Juez Cruzado, pudo ocurrírsele que las frases de cortesía que se usan en toda clase de correspondencia, signifiquen otra cosa que fórmulas de etiqueta y de buena educación? Y más aún, supongamos que esas frases no sean de simple fórmula, sino la expresión seria de un servicio aceptado ó recibido; pues precisamente por eso significan lo contrario de lo que el desatinado fallo supone, significan que hay

compensación de servicios, pero no remuneración mercantil; en la vida social y especialmente entre comerciantes hay un cambio mutuo de servicios que están fuera del derecho, fuera de las obligaciones netamente jurídicas; y por ellos se dan mutuamente las gracias los interesados en ellos, sin que los consideren susceptibles de obligaciones y vínculos *jurídicos* ni de remuneración pecuniaria. Y precisamente esas frases de agradecimiento son la prueba evidente de la *gratuitidad* del servicio, de que éste gira fuera de la órbita del derecho civil, de que es un servicio de amistad. Hay, pues, algo de arbitrario y de daltonismo intelectual en un Juez que aduce como argumento de que un servicio no es gratuito, aquella circunstancia ó hecho que precisamente para todo el mundo, para todo criterio sano es la prueba de la *gratuitidad jurídica*, á saber, dar las gracias por el servicio. ¡Hasta dónde llega la fascinación de la ignorancia y del analfabetismo jurídico!

Esto por lo que ve á la adulteración y falsificación de los hechos y de las palabras mismas claras y sencillas de los documentos; por lo que ve á la adulteración y tergiversación y prostitución de los principios legales, no pueden ser más escandalosas las que aparecen en ese Considerando 4.°

Atención!!! porque es preciso tanta para creer lo que se va á exponer: El Sr. Brunschwig, con fundamento del art. 278 del Código de Comercio, demanda á Marquard por la acción de *comisión mercantil*, y nada más que por esa acción; el demandado contesta categórica y explícita y expresamente que niega la demanda en *cuanto al hecho* y en cuanto al derecho. ¿Cuál es el hecho de la demanda negado? El contrato de *comisión mercantil*. ¿Qué es *comisión mercantil*? *Un contrato de mandato en negocios* de comercio en que por su naturaleza (fíjese la atención), *en que por su naturaleza el mandatario ó comisionista debe percibir honorario*. (Arts. 273 y 304 del Código de Comercio.) He dicho por *su naturaleza*, porque según el art. 304 es preciso pacto en contrario para que sea gratuito el contrato de comisión; luego en ausencia de ese pacto, el contrato por su *propia naturaleza* es remunerable para el comisionista en los términos de dicho precepto

congruente con el art. 1,310 del Código Civil. Ahora bien, el señor Brunschwig no demandó fundado en un contrato de *comisión modificado ó adulterado* en el sentido de la renuncia del artículo 304 citado; el Sr. Brunschwig demandó simple y sencillamente por un contrato de comisión *natural;* si, pues, el demandado negó la *existencia* de ese contrato, es claro que negó la existencia del contrato de comisión *natural*, y que no negó, ni pudo negar la existencia de un contrato de *comisión excepcional*, con modificaciones que *cambiasen su naturaleza*, porque no pudo ni debió negar lo que el actor no le demandaba, lo que el actor no afirmaba, lo que solo excepcionalmente existe, y el actor no mencionó un contrato de *comisión excepcional.* Negada la existencia del contrato de *comisión natural*, ¿á quién correspondía probar la existencia de ese contrato? La ley, los artículos respectivos del Código de Procedimientos Civiles y del Código de Comercio, dicen que el actor; el genial Sr. Juez Cruzado dice que al demandado.

¿Cómo pudo este señor llamar *excepción* á una defensa que consiste únicamente en *negar* la acción intentada, en negar la existencia del *contrato natural* de comisión que fué el que el actor afirmó en su demanda? Pues qué, ¿llega á ser tan supina la ignorancia del Sr. Cruzado que no sabe ni siquiera lo que son *excepciones* según la ley, según la ciencia, según los rudimentos que se enseñan en las aulas? Pues bien, Sr. Cruzado, tomemos un catequismo sobre puntos tan sencillos: excepción, dice la ley (refiriéndose á las perentorias, que son las que vienen al caso), son las defensas que puede emplear el reo para *destruir la acción*, sépalo bien, entiéndalo bien el Sr. Cruzado, para *destruir*; ahora bien, para destruir una cosa es preciso que ella exista, y precisamente la *negación de la demanda* significa la negación de la *existencia* de esa acción; el que niega la demanda no se *excepciona*, porque el que se excepciona confiesa, y por esto dice el axioma jurídico: *reus in exceptione fit actor;* y entre negar la demanda y confesarla, excepcionándose, hay contradicción, hay incompatibilidad absoluta. Si, pues, Marquard no se excepcionó, porque no dijo que *existía* el contrato de *comisión* y la acción en él fun-

dada, pero que se había extinguido ó *destruído* por tal ó cual hecho; si no fué eso lo que contestó, sino que rotunda y categóricamente negó que existiese el contrato de comisión, entonces, ¿por qué ha de estar obligado á probar que existió, cuando la existencia de ese contrato es la base de la demanda, y cuando es un principio de ley positiva y de eterna justicia que al actor corresponda la prueba?

X

No ha sido, pues, una vana declamación el exordio de este informe ante este Tribunal, porque todos los cargos que en tono de reproche se hicieron en ese exordio á la sentencia del señor Lic. Manuel Cruzado, todos esos cargos han quedado plenamente evidenciados en este largo pero indispensable informe.

Se ha demostrado que el fallo confundió el contrato de prestación de servicios, que importa un simple trabajo *material*, con el contrato de mandato que implica necesariamente *representación jurídica* del mandante:

Se ha demostrado que el Juez adulteró también la mercantilidad del contrato de seguros, al cual sólo tiene ese carácter para las empresas aseguradoras, atribuyéndole carácter mercantil para con el asegurado, contra lo que denuncian los textos legales, su filosofía, sus precedentes jurídicos y las decisiones de nuestro foro;

Se ha demostrado también que prohibiendo la ley que el asegurado *lucre* con el seguro, y siendo el *lucro* lo que constituye la mercantilidad de los actos, no puede *legalmente* ser mercantil el contrato de seguros para el asegurado, y es por lo mismo *civil por su esencia legal:*

Se ha demostrado que el mandato sólo tiene el carácter de comisión mercantil para el comisionista de profesión ó para el

comitente cuando éste confiere mandato para un acto mercantil; pero respecto del *tercero* con quien contrata el comisionista es del todo extraño á la calidad mercantil ó no mercantil del contrato de comisión.

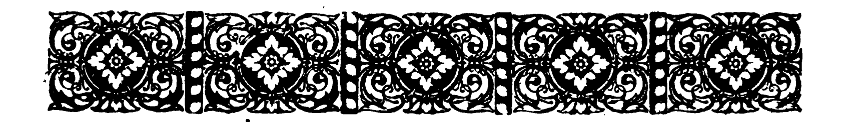
Se ha demostrado que no se registra en los anales del foro un desatino más colosal que el consignado en la sentencia á que me vengo refiriendo al decidir: que el *auto que da forma mercantil* á un juicio, *prejuzga* y *resuelve ejecutoriamente* la naturaleza mercantil del contrato objeto del litigio; y que por lo mismo, el demandado debe discutir y el Juez fallar, por vía de *excepción dilatoria*, *el fondo* y la *esencia* de la acción deducida, esto es, si existió ó no existió el contrato mercantil cuyo cumplimiento se demanda.

Sobre todas estas aberraciones jurídicas del fallo existe dominando una suprema injusticia: la de hacer responsable á Marquard de la falta cometida por Ketelsen y Degetau. Estos señores fueron los comisionistas de Brunschwig; ellos y no Marquard fueron los que contrataron con Brunschwig; ellos y no Marquard los que recibieron el importe de la renovación de la póliza, objeto de la comisión mercantil que se les encargó; ellos los que no remitieron á Marquard esos fondos para que hiciera la renovación de que se trata; ellos los que habiendo pasado más de dos meses desde la primera carta relativa á dicho encargo de renovar la póliza, ni siquiera mandaron ésta á Marquard, ni menos volvieron á recordar que estaba para vencerse dicha póliza y que habían recibido fondos para renovarla.

Y esos señores, que por su indolencia, por su desidia, fueron los verdaderos renponsables de la pérdida sufrida por su cliente Brunschwig, esconden tras la personalidad de éste su indiscutible responsabilidad, lo lanzan á un juicio injusto contra Marquard, y el Sr. Juez Cruzado descarga contra éste la responsabilidad inequívoca de los Sres. Ketelsen y Degetau.

México, Mayo de 1903.

J. Pallares.



EJECUTORIA

DE LA

TERCERA SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR

México, Abril diez y ocho de mil novecientos tres.

Vistos los autos del juicio ordinario mercantil que por indemnización de daños y perjuicios promovió el señor Licenciado Emilio Pardo (jr.), apoderado del señor Félix Brunschwig, y continuó el señor Licenciado Raoul Azpe patrocinado por el señor Licenciado Fernando Vega, contra el señor Hugo Marquard, patrocinado por el señor Licenciado Jacinto Pallares, todos vecinos de esta Ciudad, menos el segundo que lo es de Ciudad Juárez.

Resultando, primero: Que en veintiseis de Enero de mil novecientos uno, dirigió el señor Hugo Marquard, agente de la Compañía de Seguros «El Fœnix», una carta á los señores Ketelsen y Degetau, de Ciudad Juárez, pidiéndoles autorización para prorrogar, por otro año, cinco pólizas de seguros expedidas á favor del señor Félix Brunschwig, que debían fenecer el día veintiuno del siguiente Febrero, á la cual contestaron aquéllos que el interesado había traspasado su negocio, y que sólo deseaba prorrogar una póliza de la «Norwich Union Company», respecto de la cual dirigió el señor Marquard con fecha cuatro de Febrero una carta á Ketelsen y Degetau, en los términos siguientes: «La

póliza por $15,000 sobre la finca que cubría la Norwich Unión *no ha pasado por mis manos*, y si el señor Brunschwig quiere que la renueve por conducto de ustedes, lo haré con gusto tomando nota de su vencimiento, que es el 27 de Abril próximo.»

Resultando, segundo: Que en doce de Marzo del citado año dirigió el señor Gustavo Petersen, por poder del señor Marquard, á los señores Ketelsen y Dejetau otra carta concebida en los términos siguientes: «Me he impuesto de la grata de ustedes de dos del actual á que correspondo dándoles mis más sinceros agradecimientos por sus gestiones cerca del señor Félix Brunschwig, de cuyos pormenores he tomado nota y les ofrezco que en su oportunidad me ocuparé de este asunto remitiéndoles el correspondiente recibo de renovación»; y no obstante esta promesa, el señor Marquard no renovó la póliza en cuestión en la debida oportunidad.

Resultando, tercero: Que al día siguiente del vencimiento de la póliza, se incendió totalmente la finca asegurada, y como el señor Brunschwig no pudo exigir el pago respectivo de la Compañía Norwich Union, demandó por medio de su apoderado al señor Marquard, en la vía ordinaria mercantil quince mil pesos por indemnización de daños y perjuicios, protestando someterse á la reducción que pudiera resultar de las pruebas que rendiría; y fundó la acción en las cartas referidas y en los artículos 75, fracción XII, 278, 1,049, 1,377 y 1,378 de Código de Comercio y 1,464 y 1,483 del Civil.

Resultando, cuarto: Que corrido traslado de la demanda, lo desahogó el señor Marquard, negándola en cuanto al hecho y en cuanto al derecho; y opuso subsidiariamente las excepciones siguientes: I. *Sine actione agis*, porque no ha celebrado contrato ninguno con el señor Brunschwig, ni cruzado correspondencia alguna con él antes del veintisiete de Abril de mil novecientos uno, y por lo mismo, no pudo celebrar ningún contrato de comisión con él, ni con sus apoderados jurídicos, y por consiguiente, ni aun siquiera puede invocar el beneficio del artículo 1,285 del Código Civil; II. En la hipótesis de que se interpretaran algunos actos ó escritos suyos como demostrativos del contrato de comisión, no

estuvo obligado á cumplirlo, según los artículos 1,434 del Código Civil y 281 del de Comercio, por no haber recibido provisión de fondos para la supuesta comisión; III. En la misma hipótesis de la existencia de la comisión, se le exige una cantidad mayor que la que importan los daños y perjuicios reclamados, y por lo mismo, hay *plus petición* en la demanda.

Resultando, quinto: Que durante el término de prueba rindió el señor Lic. Pardo, apoderado del actor, las pruebas siguientes: I. Confesión, mediante las posiciones que absolvió el señor Marquard; II. Documental, que consiste en las cartas que sirven de fundamento á la demanda, y fueron legalmente reconocidas por su autor, compulsa del libro copiador de cartas del señor Marquard, y de los libros de pólizas y traspasos de la Compañía de Seguros «The Norwich Union Fire Insurance Society», y en un recibo por la cantidad de treinta y un pesos suscrito por los señores Ketelsen y Degetau, y en la escritura de propiedad de la casa destruída por el incendio; III. Pericial; IV. Testimonial. Por su parte el señor Marquard rindió las pruebas siguientes: I. Confesión, mediante las posiciones que absolvió el señor Brunschwig; II. Documental, que consiste en la compulsa de algunas constancias de su libro copiador de cartas.

Resultando, sexto: Que los interesados produjeron sus respectivos alegatos, y el Juez tercero de lo Civil pronunció en veintinueve de Diciembre último la sentencia que termina con las siguientes proposiciones resolutivas: I. El actor ha probado su acción por la cantidad de seis mil pesos; II. El reo no ha probado sus excepciones, salvo la de *plus petición* en el sentido que queda indicado; III. Se condena al señor Hugo Marquard á pagar al señor Félix Brunschwig, dentro del término de ocho días, la cantidad de seis mil pesos, más los intereses de esta suma al tipo de seis por ciento anual, computados desde el día cuatro de Marzo del año en curso; IV. No se hace expresa condenación en costas.

Resultando, séptimo: Que esta sentencia fué apelada por el señor Marquard, y admitido que le fué el recurso en ambos efectos, se ha substanciado ante esta Sala, habiendo tenido lugar la

vista respectiva con asistencia de los señores Lics. Jacinto Pallares y Fernando Vega, quienes produjeron sus alegatos.

Considerando, primero: Que planteada la cuestión á que se refiere este fallo en los términos de la demanda y la contestación, resulta: que el actor ejercitó la acción de responsabilidad civil para obtener la indemnización de los daños y perjuicios provenientes de no haber cumplido el demandado el contrato de *comisión*, en virtud del cual se obligó á gestionar la prórroga de la póliza de seguros sobre incendio que amparaba una casa de su propiedad en Ciudad Juárez; y que el demandado negó la demanda en cuanto al hecho y al derecho, esto es, negó la existencia del contrato fundamento de la acción, y que fueran aplicables al caso los preceptos del Código de Comercio invocados en aquélla; y opuso subsidiariamente las excepciones *sine actione agis*, falta de provisión de fondos y plus petición. En consecuencia, hay necesidad de determinar cuáles son los elementos constitutivos de ella; la naturaleza del contrato de que se deriva la acción, y si el actor ha probado la existencia de esos elementos, y en tal caso, si el demandado probó las excepciones que alegó.

Considerando, segundo: Que el contrato de comisión es bilateral, ya se le considere bajo los principios especiales del derecho mercantil, ya bajo los generales del derecho civil que rigen el contrato de mandato; porque desde el momento de su celebración produce para el comitente y para el comisionista obligaciones recíprocas, supuesto que éste se impone el deber de ejecutar el mandato que se le confiere, y aquél contrae el de proveerlo de fondos y pagarle sus honorarios ó emolumentos convenidos; y tal es el motivo por el cual sostienen todos los autores, que el contrato de comisión, así como el mandato asalariado, es bilateral (Lyon Caen y Renault, Droit commercial, tomo III, núm. 429. Bravard Veyniers, Droit Commercial, tomo II, pág. 251; Delamarre y Lepoitoin, tomo II, 68; etc., etc.)

Considerando, tercero: Que son elementos constitutivos de la acción proveniente del contrato de comisión, la existencia del mandato del comitente al comisionista para ejecutar un acto de comercio, la aceptación de éste, la oportuna provisión de fondos,

si la ejecución de tal acto demanda erogar algunos gastos, y que aquél no ejecutó el acto mercantil que se le encomendó, causando al comitente daños y perjuicios que ascienden á cantidad cierta y determinada; y hecho el análisis de las pruebas producidas por el actor, resulta que no está probada la existencia del contrato, pues por la confesión del señor Brunschwig, absolviendo las posiciones que le articuló el señor Marquard, resulta plenamente probado según el artículo 1,287 del Código de Comercio, que no contrató personalmeute con él, sino por medio de los señores Ketelsen y Degetau, que no son sus apoderados ni sus representantes (fojas 9 frente y vuelta, cuaderno de prueba de Marquard); ó lo que es lo mismo, que el encargo hecho por dichos señores á éste, carece de los requisitos y condiciones que exige la ley para tener existencia jurídica y producir derechos y obligaciones recíprocos entre ellos, según los artículos 1,284 y 1,385 del Código Civil.

Considerando, cuarto: Que, á mayor abundamiento, tampoco está demostrado que el señor Brunschwig hubiera hecho al señor Marquard oportuna y suficiente provisión de fondos para el desempeño de la comisión: de donde se infiere que siendo bilateral el contrato en que se funda la acción, y bajo el supuesto de que estuviera demostrada la existencia de él, sería regido por las reglas que para los contratos de su especie establece el Código Civil, según el cual (artículo 1,434), ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligación que le corresponde. En consecuencia, si el comitente no cumple la obligación que tiene por la ley de proveer oportunamente de fondos al comisionista para el desempeño de la comisión y que demanda ésta por su naturaleza, no tiene derecho para obligarlo al cumplimiento de los deberes que contrajo.

Considerando, quinto: Que es consecuencia de lo expuesto, que la provisión oportuna de fondos es un elemento esencial de la acción del comitente para exigir el cumplimiento del contrato ó la indemnización de daños y perjuicios por inejecución de él; y por tal motivo declara el artículo 281 del Código de Comercio que, en aquellas comisiones cuyo cumplimiento exige provisión

de fondos, no está obligado el comisionista á ejecutarlas mientras el comitente no se la haga en cantidad suficiente, y que también podrá suspenderlas cuando se hayan consumido los que tenía recibidos. Si, pues, la provisión de fondos es un elemento esencial de la acción ejercitada en este juicio; si el actor tiene el deber indeclinable de probar todos los elementos constitutivos de su acción, según los artículos 1,194 y 1,326 del Código de Comercio; si no ha producido prueba alguna que demuestre que proveyó oportunamente de fondos al demandado, para pagar el importe de la prima de la póliza y de los demás gastos que demandara su prórroga; resulta que no ha probado su acción.

Considerando, sexto: Que no se opone á esta consecuencia el hecho de que el señor Marquard no haya exigido la provisión de fondos, porque de la aceptación, bajo el supuesto que existiera, y de la obligación de cumplir las órdenes del mandante, no se infiere el deber del mandatario de anticipar los fondos ó los elementos necesarios para la ejecución; y tal deber no se puede presumir, sino que debe constar por medio de un convenio expreso é indubitable, como se infiere de los términos precisos del artículo 282 del Código de Comercio.

Considerando, séptimo: Que no estando probada la acción, es inútil examinar si están probadas las excepciones de plus petición alegada por el demandado; y aun cuando también opuso la *sine actione agis*, y la falta de provisión de fondos, aquélla no es propiamente una excepción, sino la negación de la demanda, y ésta, la provisión oportuna y suficiente de fondos, constituye un elemento esencial de la acción, como antes se ha dicho, cuya prueba corresponde al actor, y en el caso no está probada, porque la hecha á los señores Ketelsen y Degetau no fué transmitida á Marquard.

Considerando, octavo: Que es una consecuencia de lo expuesto que debe absolverse al demandado de la demanda, y por tanto, revocarse la sentencia apelada, sin que, según el arbitrio que el artículo 1,084 del Código de Comercio concede á la Sala, haya motivo para condenar al actor al pago de las costas por haber venido á esta instancia con un fallo favorable.

Por lo expuesto y con fundamento de los preceptos legales citados, se revoca la sentencia apelada y se falla:

Primero. El actor no probó la acción que dedujo en este juicio.

Segundo. En consecuencia, se absuelve al señor Hugo Marquard de la demanda.

Tercero. No se hace especial en el pago de costas, cada parte pagará las que hubiere causado en las dos instancias.

Hágase saber y con testimonio de esta resolución, vuelvan los autos al Juzgado de su origen para los efectos legales, archivándose en su oportunidad el Toca. Así lo proveyeron los señores Presidente y Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y firmaron hoy veinticinco del mismo Abril en que se expensaron timbres; siendo ponente el Sr. Magistrado Mateos Alarcón.

